

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LE DROIT DE RETOUR POUR LES RÉFUGIÉS ET LA JUSTICE TRANSITIONNELLE SENSIBLE AU GENRE

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

MAITRISE EN DROIT INTERNATIONAL 1618

PAR

CATHERINE FONTAINE

AVRIL 2025

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.12-2023). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Je tiens d'abord à remercier la direction de programme, ainsi que mon directeur Bernard Duhaime pour leur compréhension et leur support tout au long de ce cheminement qu'est la maîtrise en droit. Bien sûr, rien de ceci n'aurait été possible sans le soutien indéfectible de ma famille tout au long de mes études. D'abord, je tiens à dire merci à ma mère dont la relecture et les conseils m'ont été des plus utiles, puis à mon père pour ses encouragements continus. Merci aussi à mes sœurs Elizabeth et Andréanne pour avoir cru en moi, et un remerciement tout particulier à mon neveu Hubert dont l'arrivée dans notre famille m'a poussée à travailler encore plus fort. Finalement, je remercie mes amis d'avoir su aussi bien m'encourager que me changer les idées lorsque c'était nécessaire.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	ii
LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES	v
RÉSUMÉ	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE 1 EXISTANCE ET NATURE DU DROIT DE RETOUR POUR LES RÉFUGIÉS	22
1.1 Historique du cadre juridique international.....	23
1.1.1 Des droits des étrangers à l'ONU: une protection des réfugiés à deux vitesses	23
1.1.2 Les Traités sur les minorités	23
1.1.3 La Société des Nations face aux Guerres mondiales	24
1.1.3.1 Les <i>Conventions relatives au statut international des réfugiés</i>	25
1.1.4 L'après-Second Guerre mondiale : les déplacements comme crimes de guerre	25
1.1.4.1 Les procès de Nuremberg	26
1.2 La protection des réfugiés en droit international contemporain	28
1.2.1 La responsabilité politique des États.....	28
1.2.2 Protections contre les déplacements en droit humanitaire.....	29
1.2.3 Protection du domicile	32
1.2.4 Le droit de fuir et de demander asile	32
1.2.5 Protections contre l'exil arbitraire et la discrimination.....	34
1.2.6 Liberté de mouvement et choix de résidence.....	37
1.2.6.1 Droit à la restitution	39
1.2.6.2 Droit de propriété	40
1.2.7 Droit à un niveau de vie suffisant.....	41
1.2.8 Protection contre les déplacements dans les instruments régionaux	42
1.2.8.1 Jurisprudence en la matière.....	44
1.2.9 Résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU	46
1.3 L'émergence d'un droit de retour pour les réfugiés.....	48
1.3.1 Le droit de retour pour les individus et les groupes d'individus	49
1.3.1.1 En vertu du droit de la nationalité	49
1.3.1.2 Dans le droit international des droits humains	50
1.3.1.3 Dans le droit international humanitaire.....	51
CHAPITRE 2 LA JUSTICE TRANSITIONNELLE SENSIBLE AU GENRE ET LE DROIT DE RETOUR	54
2.1 La justice transitionnelle : définitions et objectifs.....	55
2.2 Émergence du concept	58
2.3 Le genre dans la justice transitionnelle : l'apport des théories féministes	61
2.3.1 Inégalités structurelles et sociales.....	63

2.3.2	Reconnaissance des crimes genrés	64
2.3.2.1	Lutte contre l'impunité.....	65
2.3.2.2	Commissions vérité et réconciliation	66
2.3.2.3	Élargissement des préjudices et reconnaissance des expériences des femmes	68
2.3.3	Accords de paix et représentation des femmes	69
2.3.4	Cadre international juridique, normatif et politique impliquant le genre	70
2.4	Traitement des déplacements arbitraires par la justice transitionnelle.....	75
2.4.1	Intégration sociale et droits de citoyenneté	77
2.4.2	Restauration des droits et dignité des réfugiés.....	78
2.4.3	Reconnaissance des victimes et rétablissement de la confiance civique.....	79
2.4.4	Redressement et réintégration	83
2.5	La restitution en tant que forme de réparation	84
2.5.1	Les Principes de Pinheiro : l'interrelation du droit de retour et du droit à la restitution.....	86
CHAPITRE 3 LE DROIT DE RETOUR VIA LES MÉCANISMES DE JUSTICE TRANSITIONNELLE : LE CAS DE LA BOSNIE-HERZEGOVINE.....		93
3.1	Le conflit en Bosnie-Herzégovine	94
3.1.1	Nettoyage ethnique et déplacements forcés	96
3.1.1.1	Le rôle des groupes paramilitaires	100
3.1.2	Les violences de genre.....	101
3.1.2.1	Les violences sexuelles comme arme d'épuration ethnique.....	101
3.1.3	La fin de la guerre en Bosnie	104
3.1.3.1	Le massacre de Srebrenica	105
3.1.3.2	Les Accords de Dayton	107
3.1.3.2.1	Le droit de retour dans les Accords de Dayton	110
3.2	La justice transitionnelle en Bosnie-Herzégovine.....	116
3.2.1	Réforme des droits de propriété et restitution.....	117
3.2.1.1	<i>La Commission indépendante pour les personnes déplacées et les réfugiés</i>	117
3.2.1.1.1	Les droits de propriété comme outil de discrimination et les occupations multiples	118
3.2.1.2	<i>Le Plan de Mise en œuvre du droit de Propriété</i>	123
3.2.2	Mécanismes judiciaires	127
3.2.2.1	<i>Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie</i>	127
3.2.2.1.1	Prise en compte du genre et présence des femmes dans le TPIY.....	132
3.2.3	Mécanismes non judiciaires visant l'établissement de la vérité et la réconciliation.....	138
3.2.3.1	Initiative RECOM	138
3.2.4	Le retour des réfugiés en Bosnie : un bilan mitigé	141
CONCLUSION		148
BIBLIOGRAPHIE		155

LISTE DES ABRÉVIATIONS, DES SIGLES ET DES ACRONYMES

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme
CICR : Comité international de la Croix-Rouge
CIJ : Cour internationale de justice
CIO : Comité international olympique
CPI : Cour pénale internationale
CRPC : Commission indépendante pour les personnes déplacées et les réfugiés
CSNU : Conseil de sécurité de l'ONU
CVR : Commission vérité et réconciliation
DIDH : Droit international des droits de l'homme
DIH : Droit international humanitaire
DUDH : Droit international relatif aux droits de l'homme
FBH : Fédération de Bosnie-Herzégovine
FORPRONU : Force de protection des Nations Unies en Yougoslavie
HCR : Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés
IDP : Personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays (*internally displaced persons*)
JT : Justice transitionnelle
OHR : Bureau des Ressources Humaines des Nations Unies
ONU : Organisation des Nations Unies
OSCE : Commission des droits de l'homme des Nations unies
PIDCP : Pacte international relatif aux droits civiques et politiques
PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PLIP : Plan de Mise en œuvre du droit de Propriété (*Property Law Implementation Plan*)
RS : Republika Srpska
SDN : Société des Nations
TPIY : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UNMIBH : Mission des Nations unies en Bosnie-Herzégovine

RÉSUMÉ

Résumé : Ce mémoire de maîtrise en droit international explore la complexité du droit de retour pour les réfugiés, en se concentrant sur l'intégration de la justice transitionnelle sensible au genre. On y examine d'abord les fondements juridiques du droit de retour, en s'appuyant sur les conventions internationales, les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies et les développements jurisprudentiels, afin de mettre en lumière l'importance de la justice transitionnelle pour garantir un retour juste et durable, en particulier pour les femmes, qui sont souvent les plus touchées par les conflits armés et les déplacements forcés. L'auteure analyse ensuite les limitations des approches traditionnelles de la justice, en mettant de l'avant la nécessité d'une perspective de genre et de reconnaître les crimes genrés, en soulignant l'importance de la restitution des biens, des programmes de réparations et de la promotion de la démocratie pour assurer une véritable réconciliation et une paix durable. Le cas de la Bosnie-Herzégovine est examiné en profondeur afin d'illustrer les défis et les opportunités liés au droit de retour dans un contexte post-conflit pour plaider pour une approche plus globale de la justice transitionnelle, intégrant la dimension de genre et s'engageant à lutter contre l'impunité, à assurer la restitution des biens et à promouvoir l'inclusion sociale pour permettre un retour véritablement juste et durable pour les femmes.

Mots clés : Droit international, droit de retour, protection des réfugiés, justice transitionnelle, genre et conflits, théories féministes, Bosnie-Herzégovine

ABSTRACT

Abstract: This Master's thesis in international law explores the complexity of the right to return for refugees, focusing on the integration of gender-sensitive transitional justice mechanisms. It first examines the legal foundations of the right to return, drawing on international conventions, United Nations Security Council resolutions and jurisprudential developments in order to highlight the importance of transitional justice in ensuring a just and sustainable return, particularly for women, who are often the most affected by armed conflict and forced displacement. The author then analyses the limitations of traditional approaches to justice, highlighting the need for a gender perspective and the recognition of gendered crimes by emphasizing the importance of property restitution, reparations programs and the promotion of democracy in ensuring genuine reconciliation and lasting peace. The case of Bosnia and Herzegovina is examined in depth to illustrate the challenges and opportunities related to the right to return in a post-conflict context to advocate for a more comprehensive approach to transitional justice, integrating the gender dimension and committing to combating impunity, ensuring property restitution and promoting social inclusion to enable a truly just and sustainable return for women.

Keywords : International law, right of return, refugee protection, transitional justice, gender and conflicts, feminist theories, Bosnia and Herzegovina

INTRODUCTION

« Free Afghan Women ». Tel est le slogan qu’arborait la Bgirl Talash sur une veste bleue révélée au cours de sa performance lors du tout premier duel de breakdance présenté aux Jeux olympiques de Paris 2024. D’origine afghane, mais ayant fui le régime taliban répressif pour se réfugier en Espagne, Manizha Talash représentait l’équipe olympique des réfugiés¹. Ce geste, soit celui d’arborer un slogan politique voulant démontrer la nécessité d’agir afin d’assurer les droits humains des femmes afghanes, lui a coûté d’être disqualifiée en violation du principe 50 de la Charte olympique² qui stipule qu’« aucune sorte de démonstration ou de propagande politique, religieuse ou raciale n’est autorisée dans un lieu, site ou autre emplacement olympique »³. Pourtant, la création d’une équipe olympique pour les réfugiés semble, *prima facie*, une entreprise profondément politique, particulièrement aux vues de sa présentation par le président du CIO Thomas Bach lors de sa création :

Cette initiative enverra un message d'espoir à tous les réfugiés de la planète et permettra au monde de mieux se rendre compte de l'ampleur de cette crise. C'est aussi un signal envoyé à la communauté internationale, à savoir que les réfugiés sont des êtres humains et un enrichissement pour la société⁴.

À cet effet, il est considéré que, de conceptualiser la condition de réfugié en termes de *crise* oriente particulièrement les réponses de la communauté internationale vers des mesures qui se veulent apolitiques et qualifiées d’humanitaires⁵, conformément au paragraphe 2 du Statut du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) qui stipule notamment que « l’activité du Haut-Commissaire ne comporte aucun caractère politique ; elle est humanitaire et sociale⁶ ». Pourtant, « le travail en faveur des

¹ Comité International Olympique, « Manizha Talash » (dernière consultation le 23 septembre 2024), en ligne » : <Comité International Olympique <<https://olympics.com/fr/athletes/manizha-talash>>.

² Journal de Montréal, « La bgirl aghane Talash disqualifiée après son « message politique » aux JO » (10 août 2024), en ligne : *Journal de Montréal* <https://www.journaldemontreal.com/2024/08/10/la-boxeuse-afghane-talash-disqualifiee-apres-son-message-politique-aux-jo>.

³ Comité International Olympique, « Charte Olympique : état en vigueur au 17 juillet 2020 » (juillet 2020), en ligne (pdf): *Comité International Olympique* <<https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/FR-Olympic-Charter.pdf>>.

⁴ Comité International Olympique, « Équipe olympique des réfugiés » (dernière consultation le 23 septembre 2024), en ligne : *Comité International Olympique* < <https://olympics.com/cio/equipe-olympique-des-refugies> >.

⁵ Katy Long, *The Point of No Return: Refugees, Rights, and Repatriation*, Oxford, Oxford University Press, 2013 à la p 21.

⁶ Assemblée générale des Nations Unies, *Statut de l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, Doc off AG NU A/RES/428(V) (1950) para 2.

réfugiés ne peut être apolitique⁷ » dans la mesure où l'humanitarisme est intrinsèquement politique et nécessite que les acteurs humanitaires entrent dans la sphère politique afin de persuader et plaider en faveur du bien-être humain comme étant primordial « au-delà de toute allégeance partisane »⁸. À cet égard, le juriste Guy Goodwin-Gill soutient que « la question est de savoir si, à un moment donné, la politique sert au mieux les intérêts des réfugiés, c'est-à-dire si elle est humanitaire, ou si elle sert principalement d'autres objectifs dans lesquels le réfugié n'est qu'un instrument »⁹.

Si la démonstration de l'athlète lui a nui au terme de la compétition sportive, on peut considérer que son message politique, ainsi que la représentation d'athlètes réfugiés issus de plusieurs pays différents sur la scène olympique, semblent des éléments de nature humanitaire qui constituent un signal fort pour informer la population sur la situation et inciter la communauté internationale à agir face aux violations de droits humains que subissent les femmes en Afghanistan.

À l'heure actuelle, les femmes et les filles afghanes font face à de multiples discriminations basées sur le sexe, notamment l'interdiction de paraître seule en public, d'aller seule au restaurant, ou la prohibition pour ces dernières de poursuivre leurs études au-delà de l'éducation primaire. Par ailleurs, les membres des minorités ethniques déjà marginalisées se voient expulsés de force de leur logement et exilés de leurs terres¹⁰. Comme les déplacements arbitraires de populations menant une personne à obtenir le statut de réfugié peuvent être causés par une multitude de facteurs (conflits armés, politiques de sécurité nationale, stratégies de contrôle social etc.) leur retour n'est pas sans engendrer un questionnement quant aux intérêts des différents acteurs à assurer leur bien-être dans la mesure où ces individus ont souvent été victimes d'atrocités de masse de la part de leur propre État.

⁷ Guy S. Goodwin-Gill, « The Politics of Refugee Protection » (2008) 27:1 Refugee Survey Quarterly à la p 9.

⁸ Long, *supra* note 5.

⁹ Goodwin-Gill, *supra* note 7.

¹⁰ Amnesty International, « Afghanistan 2023 » (dernière consultation le 23 septembre 2024), en ligne : *Amnesty International* < <https://www.amnesty.org/fr/location/asia-and-the-pacific/south-asia/afghanistan/report-afghanistan/#endnote2> >.

A. Problématique

À ce jour, plus de 15,1 millions de réfugiés à travers le monde ont fui leur pays d'origine en raison de conflits et de violations massives de droits humains et sont dans l'impossibilité de retourner chez eux. Pourtant, le droit international reconnaît aux réfugiés un droit de retour ainsi que des droits à reposséder ou à se voir restituer leurs logement, terres et propriété d'origine¹¹, mais les exodes migratoires liés aux conflits mènent à de nombreuses situations qui compliquent le retour et la repossesion ou l'occupation des terres et des habitations par les propriétaires et occupants initiaux.

Pour les États aux prises avec de profonds fossés sociaux et économiques, sortir de ce cycle de violence s'avère une tâche ardue, puisque les recherches démontrent que plus de la moitié des pays ayant subi un conflit interne, observent une résurgence des hostilités dans la décennie suivant les déclarations de paix¹². De fait, les violations des droits humains au cœur de ces conflits engendrent généralement un état de pauvreté qui génère une hausse de violence causée par de profondes inégalités à plusieurs niveaux, notamment en termes de croissance et d'accès aux ressources. En outre, les conflits armés poussent les individus à l'exil et causent la destruction de bon nombre de maisons et de structures physiques habitables, ayant comme conséquence majeure une rareté des logements disponibles et des occupations illégales par des individus tiers ce qui, bien entendu, n'est pas sans causer de nombreux problèmes, dont des réclamations multiples et complexifiées par le manque ou la destruction des documents juridiques liés¹³.

Ces individus ayant fui leur pays d'origine dans le cadre d'un conflit peuvent avoir été victimes de transferts forcés de masse ou de manière progressive sous la forme de transferts de faible intensité. Les justifications et les pratiques, quant aux déplacements forcés, n'ont d'ailleurs pas beaucoup évolué au fil des siècles, si ce n'est que les technologies modernes rendent ces transferts de population plus rapides et efficaces¹⁴. Ces derniers peuvent survenir dans divers contextes et pour différentes raisons. D'abord, les conflits armés peuvent contraindre les civils à fuir en raison des combats et des dommages collatéraux comme indiqué précédemment. Par ailleurs, et malgré les prohibitions en droit humanitaire concernant le transfert de

¹¹ Anneke Smit, *The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons: Beyond Restitution*, Oxon, Routledge, 2012 aux pp 1-3.

¹² Scott Leckie et Chris Huggins, *Conflict and Housing, Land and Property Rights: A Handbook on Issues, Frameworks and Solutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 à la p 96.

¹³ *Ibid* aux pp 6-24.

¹⁴ *Ibid*.

population civile pour des raisons stratégiques, cette pratique persiste et les violences politiques peuvent cibler des groupes spécifiques afin de les obliger à fuir pour échapper à la persécution¹⁵.

Par conséquent, l'occupation étrangère établie par une puissance ennemie occupant un territoire, implique souvent l'implantation de sa propre population pour renforcer son contrôle, ce qui s'accompagne d'expulsions de la population indigène dont le droit de retour se voit généralement refusé pour des raisons de « sécurité ». Sous la menace d'un danger militaire réel ou perçu, les autorités d'un État peuvent aussi déplacer des groupes de citoyens ou de résidents qu'elles considèrent comme une menace (souvent sur la base de critères de race ou de religion), ce qui engendre des confiscations de biens et des séparations familiales. Les déplacements forcés de populations peuvent aussi être causés par des manques de soins de santé et de nourriture qui aggravent les crises en restreignant l'accès des civils aux institutions et denrées et forcent donc leur exil pour subvenir à leurs besoins de base¹⁶. À l'heure actuelle, le sixième le plus pauvre de la population mondiale subit le 4/5 des guerres civiles¹⁷, ce qui contribue à démontrer le lien étroit entre la pauvreté, la hausse des violences et les conflits.

En réponse aux défis rencontrés par les conflits continus et les déplacements massifs de populations, le dernier siècle s'est caractérisé par une attention particulière de la communauté internationale portée envers la protection des réfugiés. À cet effet, une majorité d'experts soutiennent que résoudre les problèmes de déplacement et les potentielles sources de résurgence des tensions et des violences nécessite d'appuyer le droit à un retour sûr et sans entrave pour les réfugiés, puisque leur retour a un effet positif sur la consolidation des accords de paix et sur le développement économique du pays en transition¹⁸. Ainsi, les dernières décennies ont été marquées par l'émergence de trois solutions durables aux déplacements dans la littérature académique relative à la protection des réfugiés : le rapatriement volontaire, l'intégration locale et la réinsertion dans un pays tiers¹⁹. Si ces dernières ont été popularisées par les préoccupations d'abord humanitaires de la communauté internationale, certains auteurs soutiennent que les solutions durables détiennent le potentiel de rectifier les injustices passées au même

¹⁵ Commission des droits de l'Homme, Claire Palley, *The human rights dimensions of populations transfers: Preliminary working paper*, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1992/WP.1 août 1992.

¹⁶ Commission des droits de l'Homme, Claire Palley, *supra* note 15.

¹⁷ Christopher Huggins et Jenny Clover, *African Security Analysis Programme. From the Ground Up : Land Rights, Conflict and Peace in Sub-Saharan Africa*, Pretoria, Institute for Security Studies, 2005 à la p 2.

¹⁸ Megan J. Ballard, « Post-Conflict Property Restitution: Flawed Legal and Theoretical Foundations » (2010) 28:2 Berkeley J Intl L à la p 465.

¹⁹ Smit, *supra* note 11 à la p 1.

titre que les programmes de réparations par le biais de la restitution, la compensation et la satisfaction²⁰. Une solution à la question du déplacement est d'ailleurs considérée comme durable dans la mesure où « les réfugiés ne nécessitent plus d'assistance spécifique de besoins de protection et peuvent jouir de leurs droits sans discrimination en raison de leurs déplacements »²¹.

Pour les fins du présent mémoire, nous centrerons nos recherches sur le droit de retour tel que caractérisé par le rapatriement volontaire, l'accès aux autres solutions étant souvent rare pour la majorité des réfugiés vivant en situation de déplacement puisque ceux instruits ou disposant de moyens financiers peuvent plus facilement s'intégrer dans leur pays d'accueil ou se relocaliser dans un pays tiers sûr et prospère. Ainsi, la majorité des individus effectuant un retour dans leur pays d'origine tendent à provenir de milieux plus défavorisés et/ou marginalisés ce qui entraîne de plus grandes difficultés pour eux de jouir d'un droit de retour tel que conçu par le droit international²². En effet, certains types de retour augmentent les difficultés vécues par déplacés, en particulier pour ceux souhaitant retourner dans un pays où ils seraient une minorité après un conflit ethnique ou religieux ayant causé des violations de droits humains. Ce type de retour tend à créer des tensions politiques qui soulèvent des questions de droits et de protection des réfugiés, puisqu'il est crucial de garantir que le retour se déroule de manière volontaire, dans le respect de leurs droits, et être envisagé dans le contexte plus large de la protection des réfugiés et des personnes déplacées tout en tenant compte des besoins humanitaires et des conditions de vie dans les pays d'origine²³.

Si le droit de retour au lendemain d'un conflit revêt une nature souvent politique, les experts tendent à considérer que le corpus de droit international offre une base solide pour une approche du retour basée sur le droit²⁴. Certains auteurs, comme Bradley, soutiennent d'ailleurs que le droit de retour peut être compris, dans la théorie, à la fois comme un droit primaire ayant une valeur intrinsèque, mais aussi comme un droit secondaire d'une valeur instrumentale qui permet la jouissance d'autres droits et avantages sociaux²⁵. Cela soutient la conviction qu'il existe un droit de retour pour les réfugiés et qu'il s'agit d'une

²⁰ James Souter, « Durable Solutions as Reparation for the Unjust Harms of Displacement: Who Owes What to Refugees? » (2013) 27:2 *Journal of Refugee Studies* à la p 172.

²¹ Smit, *supra* note 11 à la p 1.

²² Megan Bradley, *Refugee Repatriation : Justice, Responsibility and Redress*, Cambridge, Cambridge University Press 2014 à la p 46.

²³ Long, *supra* note 5 aux pp 23-25.

²⁴ Smit, *supra* note 11 à la p 9.

²⁵ Megan Bradley, « Durable Solutions and the Right of Return for IDPs: Evolving Interpretations » (2018) 30:2 *International Journal of Refugee Law* à la p 232.

position morale et rhétorique forte. De manière générale, la communauté internationale adhère à l'idée que le retour volontaire (rapatriement) est la solution préconisée pour faire face aux crises des réfugiés et qu'il s'agit aussi de la seule solution qui constitue un réel droit selon certains auteurs²⁶. À cet effet, le corpus international des droits des réfugiés tend à agir comme guide pour que les normes nationales de l'État en transition s'alignent aux objectifs de la justice transitionnelle par le biais de poursuites criminelles pour les auteurs des violations, de recherche de la vérité, de réparation pour les victimes et de réformes institutionnelles²⁷. Lorsqu'un conflit prend fin, une période post-conflit s'enclenche avec, dans son sillon, des transitions nécessaires devant être effectuées afin de garantir la pérennité de la paix. Ces mécanismes et mesures relevant de la JT visent à assurer la reconnaissance aux victimes et à promouvoir la paix, la réconciliation et la démocratie, de façon à encourager la confiance et la participation civique²⁸. Conformément au potentiel de paix envisagé par de telles mesures et mécanismes, nous cherchons à répondre à la question suivante : s'il existe un droit de retour pour les réfugiés, de quelle manière la justice transitionnelle permet-elle de contribuer à son application pour les femmes via des mesures et mécanismes de justice transitionnelle?

B. Cadre d'analyse et méthodologie

La combinaison de différentes méthodes d'analyse juridique peut offrir une compréhension plus complète et nuancée du droit de retour pour les réfugiés et du rôle de la JT dans l'assurance de ce droit. Ainsi, une analyse de type exégétique permettra l'examen des textes des conventions internationales et des résolutions pertinentes afin d'identifier les dispositions spécifiques relatives au droit de retour alors qu'une approche de type téléologique offrira d'interpréter les textes de manière à réaliser les objectifs en tenant compte du contexte social et politique. Afin de mieux cerner l'émergence du droit de retour, une analyse de type historique sera également mise à profit.

Le point de départ de cette recherche réside dans l'hypothèse qu'il existe des normes et des pratiques internationales qui encadrent et légitiment un droit de retour pour les réfugiés et que la justice transitionnelle dispose des outils nécessaires pour assurer ce dernier. Il s'agit ici d'exposer les normes internationales en matière de protection et de droit de retour des réfugiés, puis leur application via la JT,

²⁶ Bradley, «Durable Solutions and the Right of Return for IDP» *supra* note 24 à la p 220.

²⁷ Pablo De Greiff, « Theorizing Transitional Justice » (2012) 51 *Nomos* 31 à la p 34.

²⁸ Roger Duthie, « Transitional Justice and Displacement » (2011) 5 *International Journal of Transitional Justice* à la p 243.

et ce, de manière à pouvoir envisager l'application des mesures et mécanismes liés au genre pour les femmes étant elles-mêmes réfugiées. Ainsi, les concepts abordés dans la présente recherche ont fait l'objet d'études et de développement dans de nombreuses disciplines, outre le droit international, dont en économie, en philosophie, en sciences politiques et en sociologie.

Dans un premier temps, nous nous appuyons sur les instruments de droit international public et humanitaire, ainsi que sur un large éventail de textes de droit, mais aussi dans d'autres disciplines connexes telles que la sociologie et l'économie. L'apport des autres disciplines à nos réflexions est aussi nécessaire afin de rendre compte de la complexité des problématiques liée aux droits des réfugiés qui engagent la communauté internationale à plusieurs niveaux. Dans un second temps, des exemples de cas seront présentés afin d'analyser les mesures de JT utilisées ainsi que leurs impacts sur le terrain.

Cette recherche se veut d'abord une introduction au concept de droit de retour et ne prétend pas démontrer l'existence d'une norme en droit international public. En effet, prendre une telle position impliquerait des recherches plus approfondies et des analyses sur le terrain que nous ne sommes pas en mesure de fournir dans le cadre de ce mémoire. Ainsi, l'objectif principal de cette recherche est d'examiner l'existence et la nature d'un droit de retour pour les réfugiés et d'envisager de quelles manières la justice transitionnelle détient le potentiel de contribuer à assurer ce droit, particulièrement pour les femmes. L'importance du genre de cette recherche réside principalement dans l'analyse des mécanismes et mesures sensibles au genre (lorsque ces-derniers le sont) via les données de la participation active des femmes ainsi que par la mention spécifique du genre dans leurs objectifs. Comme ce ne sont pas toutes les mesures abordées qui peuvent être considérée comme ayant une sensibilité au genre, l'analyse de la sensibilité au genre des mécanismes et mesures est un objectif subordonné à celui de la démonstration d'un droit de retour pour les réfugiés. Pour atteindre cet objectif, la recherche se décompose en plusieurs sous-objectifs.

Au préalable, il s'agit de survoler l'historique et le cadre juridique international qui encadrent la protection des réfugiés et leur droit de retour via l'examen des instruments juridiques internationaux. Par ailleurs, il est important de considérer les conventions et déclarations pour comprendre comment ces normes sont appliquées dans différents contextes de conflit. L'objectif est de fournir une vue d'ensemble de ces principes et pratiques émergentes en matière de droit de retour. De plus, la recherche vise à examiner le rôle potentiel de la JT dans l'assurance du droit de retour, par l'adoption d'une perspective de genre tel

que représentée par les théories féministes du droit international, particulièrement dans les théories relatives à la justice transitionnelle. Également, en analysant des cas spécifiques où le droit de retour a été partiellement ou totalement mis en œuvre, comme en Bosnie-Herzégovine, la recherche vise à mieux comprendre les différentes approches de JT et leur impact sur le droit de retour, particulièrement pour les femmes.

Notamment, les apports des théories féministes en droit international, spécialement la théorie de l'intersectionnalité, nous permettent de mieux comprendre de quelle manière les catégories sociales telles que le genre, la race et la classe se combinent pour influencer les expériences individuelles, souvent en termes de discrimination, et comment elles contribuent à la formation de l'identité dans divers contextes²⁹. L'utilisation de l'analyse intersectionnelle dans les contextes de transition permet de considérer la structure et la culture d'une société donnée, et contribue à clarifier la compréhension théorique des aspects sociojuridiques des transitions et de leurs effets concrets sur la vie des femmes³⁰. Si l'exclusion de personnes des processus de négociation ou des assemblées électorales en raison de leur race ou de leur appartenance ethnique est souvent perçue comme une injustice et une inégalité flagrante, l'absence liée à la classe sociale et au genre est bien moins reconnue³¹. En effet, « les droits des femmes sont généralement la catégorie de normes la plus ignorée et la moins appliquée dans un contexte de transition »³². Ainsi, les spécialistes de la justice transitionnelle considèrent qu'il est crucial de comprendre l'enjeu de la conceptualisation de l'absence des femmes dans différents contextes juridiques afin d'une part, de s'attaquer à l'inégalité structurelle en termes d'égalité des citoyens et de préjudices socio-économiques et de l'autre, d'assurer la participation de ces dernières via des engagements normatifs en faveur de l'égalité³³.

En résumé, les objectifs de cette recherche sont de fournir une présentation des normes internationales en matière de droit de retour des réfugiés, d'examiner comment la JT peut être utilisée pour assurer la mise en œuvre effective de ce droit, analyser des études de cas pour tirer des leçons des expériences

²⁹ Gudrun-Axeli Knapp, « Race, Class, Gender : Reclaiming Baggage in Fast Travelling Theories » (2005) 12:3 *European Journal of Women's Studies* à la p 259.

³⁰ Eilish Rooney, « Intersectionality: A Feminist Theory for Transitional Justice » dans Martha Albertson Fineman et Estelle Zinsstag, *Feminist Perspectives on Transitional Justice : From International and Criminal to Alternative Forms of Justice*, Bruxelles, Intersentia, 2013 à la p 91.

³¹ Fionnuala Ní Aoláin, « Political Violence and Gender During Times of Transition » (2006) 15:3 *Columbia Journal of Gender and Law* à la p 849.

³² *Ibid.*

³³ Rooney, *supra* note 29 à la p 96.

passées, et identifier les défis et les opportunités pour l'application pratique de ces mécanismes, et ce, dans une perspective de genre. Ces objectifs visent à mettre en lumière le potentiel du cadre de la justice en transition pour améliorer les mécanismes de retour des réfugiés et promouvoir la réconciliation nationale, tout en garantissant les droits des réfugiés, particulièrement les droits des femmes dans les sociétés post-conflit.

C. Clarification des concepts et revue de la littérature

1. Cadre conceptuel

Les questions des droits humains et des réfugiés s'entrecroisent dans deux principaux domaines conceptuels. D'une part, en abordant les violations des droits humains qui causent des déplacements, et de l'autre, en analysant le déplacement lui-même comme violation des droits humains. L'approche théorique vise à interpréter le droit des réfugiés dans le cadre plus large du droit international des droits humains, cherchant à harmoniser les normes et à garantir que les droits des réfugiés soient protégés de manière cohérente avec les principes des droits humains. D'autre part, l'approche dite « institutionnelle » a pour objectif le suivi de la mise en œuvre du droit des réfugiés par les mécanismes internationaux de surveillance des droits humains tout en s'assurant que les États respectent leurs obligations envers les réfugiés³⁴. Si ces deux visions semblent en mesure d'opérer en chœur, il existe toutefois, dans la pratique, un net écart entre elles puisqu'aucune entité ou organisation internationale n'a le « mandat spécifique de surveiller le déplacement en tant que violation des droits humains ou de surveiller les droits des réfugiés et des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays³⁵ ».

2. Le statut de réfugiés

Si l'on souhaite aborder les droits des réfugiés, il est d'abord nécessaire de cerner les individus concernés par ce statut. À cet effet, la définition généralement acceptée se trouve à l'article 1 A(2) de la *Convention relative au statut des réfugiés* où est défini un réfugié comme étant une personne qui :

craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du

³⁴ Maria Stavropoulou, «Displacement and Human Rights: Reflections on UN Practice» (1998) 20:3 *Human Rights Quarterly* aux pp 515-516.

³⁵ *Ibid* à la p 521.

pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner³⁶.

Cette définition du statut de réfugié fait ressortir quatre caractéristiques nécessaires au statut de réfugié. D'abord, un réfugié doit, avec raison, craindre d'être persécuté et ensuite, ne pas pouvoir bénéficier de la protection de son pays d'origine. Bien que les persécutions vécues par les individus soient de nature individuelle, les raisons ayant mené à ces violences sont généralement liées à des identités collectives ou des appartenances à un groupe ethnique, religieux ou politique. Ainsi, la troisième caractéristique se comprend comme étant l'appartenance à un groupe visé par les violences. Finalement, un individu doit se situer hors du territoire dont il a la nationalité afin de bénéficier du statut de réfugié³⁷.

Ces caractéristiques fondamentales de la condition de réfugié ont toutefois fait l'objet de contestations. D'une part, la notion géographique rattachée au statut de réfugié a été remise en question, notamment en raison des particularités qu'imposent les déplacements internes. Ensuite, la distinction entre réfugiés et déplacés internes est considérée comme relevant des intérêts du pays plutôt que des droits des réfugiés dans la mesure où les normes traditionnelles régissant la souveraineté de l'État confinent les déplacés internes à la juridiction du régime et restreignent ainsi leur accès aux aides internationales offertes aux réfugiés. Pourtant, les causes ayant poussé les individus à fuir sont souvent les mêmes pour les réfugiés et pour les déplacés internes. Le droit de retour des personnes déplacées internes ne doit donc pas être étroitement conçu en termes géographiques, mais plutôt comme un processus politique qui implique des revendications complexes³⁸.

Comme cité précédemment, la condition de réfugié a une dimension politique importante, dans la mesure où il s'agit d'une expérience collective résultant de la privation violente ou extrême des droits politiques, y compris le droit de revendiquer une identité collective de son choix. En raison de leur appartenance à un groupe exclu dans un monde de territoires nationaux délimités, les réfugiés sont incapables d'accéder à une citoyenneté significative et aux droits qui y sont associés. C'est cette exclusion politique qui les contraint notamment aux déplacements forcés. Pourtant, selon le principe de non-refoulement, l'État a

³⁶ *Convention relative au statut des réfugiés*, Doc off AG NU (1951), Doc NU 189 RTNU 137 à l'article 1 A(2),

³⁷ Long, *supra* note 5 à la p 12.

³⁸ Bradley, «Durable Solutions and the Right of Return for IDP» *supra* note 24 aux pp 228-232.

l'obligation de ne pas renvoyer de force un réfugié dans un territoire où sa vie ou sa liberté serait menacée³⁹.

En effet, le pays a l'obligation de fournir un environnement sécurisé où les citoyens peuvent exercer leurs droits fondamentaux sans crainte de persécution ou de privation arbitraire de leurs droits politiques. Cette responsabilité de fournir une protection adéquate à ses citoyens se transpose aussi pour les déplacés internes auxquels l'État est tenu de fournir l'accès à leurs droits fondamentaux tels que la sécurité, l'éducation, les soins de santé et les opportunités économiques. À cet effet, certains auteurs avancent que si un individu ne peut pas jouir d'une telle protection lorsqu'elle est nécessaire, il a un droit valable au statut de réfugié⁴⁰.

Afin d'intégrer ces critiques, Long propose une définition plus globale de ce qu'est un réfugié, soit « un individu qui, en raison de son appartenance à un groupe particulier exclu dans un monde de territoires nationaux étatiques délimités, n'est pas en mesure d'accéder à une véritable citoyenneté et aux droits qui y sont associés, et qui est contraint de se déplacer physiquement en raison de cette exclusion politique »⁴¹. Cette définition met l'accent sur la nécessité qu'un réfugié puisse retrouver une citoyenneté effective et participer à la vie politique de la communauté dont il était autrefois exclu⁴².

3. Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays

Le terme « déplacement interne » est couramment employé dans les discours internationaux, mais il n'existe pas de consensus quant aux définitions de « déplacement interne » et de « personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ». Pour certains, ces dernières se réfèrent exclusivement aux individus forcés de fuir en raison de conflits, violences ou persécutions, lesquels seraient classés comme réfugiés s'ils traversaient une frontière nationale. Cependant, d'autres considèrent le déplacement interne d'un point de vue beaucoup plus large, englobant aussi ceux affectés par des désastres naturels par exemple. Il y a aussi des débats sur l'utilité de catégoriser spécifiquement les « IDP » (*internally displaced persons*). De plus, il n'existe pas d'accord sur le moment précis où le déplacement interne se termine, c'est-à-dire quand une personne n'est plus considérée comme une IDP. Dans l'usage quotidien, le terme

³⁹ Long, *supra* note 5 aux pp 14-17.

⁴⁰ Long, *supra* note 5 aux pp 13-16.

⁴¹ *Ibid*, à la p 17.

⁴² *Ibid*.

« réfugiés » est souvent utilisé de manière générique pour désigner tous ceux qui sont déplacés, qu'ils aient ou non franchi des frontières internationales, ce qui diverge de la définition juridique de réfugié⁴³.

À cet effet, la définition offerte par le Secrétariat général de l'ONU a constitué un point de départ important vers une réflexion plus approfondie sur les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays.

Ces dernières ont été considérées comme étant :

Des personnes ou groupes de personnes qui ont été forcées ou obligées de fuir ou de quitter leur foyer ou leur lieu de résidence habituel, notamment pour éviter les effets de conflits armés, de situations de violence généralisée, de violations des droits de l'homme ou de catastrophes naturelles ou causées par l'homme, et qui n'ont pas franchi une frontière étatique internationalement reconnue⁴⁴.

Les éléments clés de cette définition des personnes déplacées internes relèvent plusieurs aspects cruciaux de leur situation. Premièrement, le mouvement des IDP n'est pas un acte volontaire ; il est forcé ou obligatoire, résultant de menaces, violences ou dangers imminents qui ne laissent d'autre choix que de fuir. Contrairement aux réfugiés, les déplacés ne franchissent pas de frontière internationale, mais restent à l'intérieur des frontières de leur propre pays, ce qui constitue un deuxième aspect important de leur définition⁴⁵. Par ailleurs, les causes du déplacement dans la définition sont énumérées comme étant multiples et pouvant inclure des conflits armés, de la violence généralisée, des violations des droits humains, des catastrophes naturelles ou encore des catastrophes causées par l'homme⁴⁶, ce qui dénote la diversité des facteurs pouvant entraîner un déplacement interne.

Cette définition est plus inclusive, englobant les personnes déplacées pour diverses raisons et ne se limite pas uniquement aux victimes de conflits armés⁴⁷. Il est également crucial de noter que la définition des IDP est descriptive et non juridique, ce qui signifie qu'elle ne confère pas de statut juridique spécifique comme c'est le cas pour les réfugiés. Enfin, bien que les causes du déplacement soient variées, les IDP partagent des vulnérabilités communes aux réfugiés, mais ont aussi des besoins spécifiques qui

⁴³ Erin Mooney, « The Concept of Internal Displacement and the Case for Internally Displaced Persons as a Category of Concern » (2005) 24:3 *Refugee Survey Quarterly* à la p 9.

⁴⁴ *Report of the Representative of the Secretary-General, Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission [on Human Rights] resolution 1997/39*, Doc off SC NU, 54e sess supp n°2, E/CN.4/1998/53 à la p 6 para 2.

⁴⁵ Mooney, *supra* note 40 à la p 11.

⁴⁶ *Ibid supra* note 41.

⁴⁷ Mooney, *supra* note 40 à la p 11.

nécessitent une attention et une assistance particulières, ce requiert une approche adaptée et ciblée dans la gestion de leur situation⁴⁸.

Les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays représentent une catégorie particulièrement préoccupante de réfugiés en raison de leurs besoins et vulnérabilités spécifiques et du fait qu'elles sont confrontées à des défis uniques nécessitant une attention et une assistance spécifique. Celles-ci sont déracinées de leur foyer et de leurs modes de vie habituels, ce qui entraîne une perte significative de logement, de moyens de subsistance, de biens et d'un réseau de soutien social. Ce déracinement a un impact dévastateur qui prive les individus de leurs repères habituels, les plongeant souvent dans une grande précarité. En outre, les PDI sont fréquemment victimes de violations graves des droits humains, que ce soit durant leur fuite ou dans les lieux où elles cherchent refuge. Ces violations peuvent inclure des violences physiques, de l'exploitation sexuelle, de la discrimination, des restrictions à la liberté de mouvement, et même de l'enrôlement forcé. Notamment, le déplacement lui-même peut être perçu comme une violation du droit à ne pas être déplacé arbitrairement⁴⁹.

4. Termes employés pour les déplacements arbitraires

Si la définition de réfugié nécessite une clarification, il en est de même pour la manière dont on décrit le phénomène de déplacement des individus ou des populations. En effet, des termes tels que « expulsions forcées », « transferts de population », « exodes massifs » et « déplacement interne » sont souvent employés comme s'ils désignaient des phénomènes distincts alors qu'ils se réfèrent tous au même processus de retrait forcé de personnes de leur domicile ou de leur terre, une confusion terminologique qui complique la compréhension et la gestion de ces situations. Comme Stavropoulou, certains auteurs suggèrent de regrouper ces termes sous l'appellation « déplacement de personnes » en se concentrant sur deux éléments essentiels : le mouvement des personnes et l'aspect de contrainte ou de force liés à ce dernier, considérant que les raisons du déplacement et le niveau d'implication de l'État ne devraient pas être des critères déterminants pour définir ce phénomène. Par conséquent, tout mouvement ne respectant pas les normes internationales serait alors qualifié de déplacement arbitraire⁵⁰. Afin d'en

⁴⁸ *Ibid* aux pp 13-14.

⁴⁹ Mooney, *supra* note 40 aux pp 13-15.

⁵⁰ Stavropoulou, « Displacement and Human Rights » *supra* note 32 à la p 516.

faciliter la compréhension, nous considérerons les termes de déplacements arbitraires et déplacements forcés comme étant des synonymes au cours des prochains chapitres.

5. Le rapatriement volontaire comme « solution la plus souhaitable »

En réponse aux problèmes inhérents au statut même de réfugiés, la majorité de la communauté internationale considère le retour comme étant la solution la plus souhaitable pour mettre fin à l'exil. Certains auteurs mettent toutefois en garde contre l'idéalisation du rapatriement volontaire comme la solution la plus souhaitable. D'abord, la logique humanitaire qui guide les actions de la communauté internationale est basée sur le libéralisme social et vise à promouvoir une politique publique qui bénéficie aux individus indépendamment de leur nationalité ou d'autres distinctions sociales. Bien que l'humanitarisme soit présenté comme apolitique, les tenants de la logique humanitaire doivent naviguer dans des négociations profondément politiques entre les différents acteurs, y compris les États, les agences humanitaires et les réfugiés eux-mêmes afin d'assurer un espace physique pour leurs opérations⁵¹.

Sur le terrain, les complexités éthiques et politiques au rapatriement des réfugiés opposent le libéralisme au nationalisme, ce qui nécessite la médiation entre différentes valeurs politiques et la recherche d'un équilibre entre les revendications des droits humains des migrants vulnérables et la nécessité de protéger l'identité culturelle nationale du pays⁵². Adelman et Barkan soutiennent que la priorité donnée au droit de retour dans les politiques des réfugiés et dans le travail humanitaire international, ainsi que la résolution des conflits et la diplomatie sont basées sur des croyances plutôt que sur des résultats empiriques, puisque très peu de cas dans l'histoire relatent d'un retour réussi particulièrement en ce qui concerne les minorités ethniques⁵³.

6. Difficultés spécifiques au retour pour les groupes minoritaires

En effet, certains types de retour augmentent les difficultés vécues par les réfugiés, notamment pour les individus souhaitant retourner dans un pays où ils seraient une minorité après un conflit ethnique ou religieux. Ce type de retour tend à créer des tensions politiques qui soulèvent des questions de droit et de

⁵¹ Howard Adelman et Elazar Barkan, *No Return, No Refuge : Rites and Rights in Minority Repatriation*, New York, Columbia University Press, 2011 aux pp 2-19.

⁵² Long, *supra* note 5 aux pp 18-22.

⁵³ Adelman et Barkan, *supra* note 51 aux pp 2-3

protection des réfugiés. À l'opposé, les retours qui concernent les citoyens revenant dans leur propre pays pour diverses raisons ainsi que le retour de la diaspora vers leur « pays d'origine », et ce, même si leurs ancêtres n'ont pas vécu dans la région spécifique dans laquelle ils s'établissent sont considérés comme moins controversés. C'est aussi le cas du second type de retour qui survient suivant les accords de paix et concerne les réfugiés qui effectuent un retour dans un pays où ils partagent l'identité de la majeure partie de la population⁵⁴.

Bien que le droit de retour soit généralement considéré comme un droit individuel, certains auteurs comme Long considèrent que ce dernier implique également des droits collectifs pour des groupes ethniques ou religieux dans la mesure le droit de retour est souvent revendiqué au nom de peuples ou de groupes dans leur entièreté ce qui peut engendrer des tensions entre les individus et entre les droits à prioriser. Si déterminer quelles identités sociales peuvent mener à une demande d'asile pour un groupe est en soi une tâche controversée, déterminer l'appartenance ou non d'un individu à ce groupe l'est autant dans la mesure où, selon Long, il s'agit alors de déterminer le statut d'inclusion ou d'exclusion d'un individu à un groupe et les droits qui y sont rattachés⁵⁵. À cet effet, les auteurs soulignent que les politiques et les actions en faveur des réfugiés doivent tenir compte à la fois des droits individuels et collectifs pour parvenir à des solutions durables⁵⁶.

7. La notion de retour au « foyer »

D'une part, l'individualisation du retour découle de la notion de retour au « foyer » d'un réfugié. En pratique, le rapatriement ne peut être réduit à un simple retour à la résidence, il doit plutôt être considéré comme un processus politique complexe qui nécessite une compréhension approfondie des droits des réfugiés et de la protection des droits de l'homme. Tout comme Warner, certains auteurs remettent en question l'idée que le retour au pays d'origine implique un retour au foyer en soulignant que la notion de foyer est complexe et évolutive et que le retour ne peut recréer les conditions passées dans un pays qui est lui-même en constante évolution. En se concentrant sur le retour des réfugiés « à la maison », la communauté internationale cherche à projeter le rapatriement comme une solution apolitique ce qui éloigne les réfugiés d'une discussion politique sur la nécessité du rapatriement afin de restaurer la citoyenneté puisque « les concepts de communauté et de maison supposent un monde d'ordre et de

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Long, *supra* note 5 à la p 13.

⁵⁶ Adelman et Barkan, *supra* note 51 aux pp 7-16.

symétrie qui dissimule le problème de la relation entre l'individu et le groupe, le groupe et l'État et l'État et le territoire, et favorise l'idéalisation d'une nostalgie pour la maison »⁵⁷.

Le concept de « foyer » est un élément crucial du rapatriement puisqu'il est inextricablement lié à la réalisation des droits libéraux d'un individu tels que les droits à la propriété privée et à la vie familiale. Pourtant, le rapatriement ne peut être réduit à un simple retour à la résidence et doit plutôt être considéré comme un processus politique complexe nécessitant une compréhension approfondie des droits des réfugiés et de la protection des droits humains. Warner soutient que la notion de foyer est liée à des éléments tels que la communauté, la mémoire et le temps et qu'il existe une nostalgie fondamentale liée au retour lui-même, à la préservation de quelque chose qui existait dans le passé ou qui était imaginé dans le passé, et qui ne peut être recréé. Pourtant, cette nostalgie n'implique pas nécessairement un désir de retour pour les réfugiés eux-mêmes. Plusieurs auteurs, comme Smit, soulignent que l'idée que les individus ayant fui leurs foyers y retourneront nécessairement s'ils en ont l'opportunité découle plutôt d'une perception que de faits puisque les facteurs qui incitent les individus au rapatriement varient d'un individu à un autre⁵⁸. De retour dans un pays où tout est à refaire, les réfugiés peuvent se buter à des environnements sociaux et culturels différents ou modifiés pendant leur absence et se voir confrontés à des difficultés économiques qui compliquent leur réintégration, ce qui peut s'avérer aussi traumatisant que leur fuite initiale⁵⁹.

Ainsi, une vision simpliste du rapatriement comme fin à l'exil occulte les implications politiques et humanitaires plus profondes du retour et mettent en garde contre une compréhension de la maison comme un simple lieu où les réfugiés peuvent retourner. Le foyer est une notion complexe et chargée politiquement, en particulier lorsqu'elle est utilisée par des États ayant un intérêt à promouvoir des versions de l'identité et de l'espace basées sur l'État-nation. Ces auteurs comme Warner et Long critiquent l'utilisation du concept de maison pour dépolitiser le rapatriement et éviter la question difficile de l'équilibre entre les droits des réfugiés et les intérêts des États-nations et mettent en évidence la nécessité

⁵⁷ Daniel Warner, « Voluntary Repatriation and the Meaning of Return to Home: A Critique of Liberal Mathematics » (1994) 7 J. Refugee Stud. 160 à la p 167.

⁵⁸ Smit, *supra* note 11 à la p 111.

⁵⁹ Warner, *supra* note 53 aux pp 168-171.

de garantir un espace physique dans lequel les réfugiés peuvent exercer l'ensemble de leurs droits, y compris ceux à une vie privée paisible⁶⁰.

8. Les implications de la *Realpolitik* d'États souverains sur la justice en transition

Dans la pratique, la *Realpolitik*, qui met l'accent sur les intérêts nationaux et le pouvoir relatif des acteurs politiques, complique la mise en œuvre du droit au retour pour les réfugiés. Le réalisme politique a des implications profondes et souvent problématiques sur les droits de retour des réfugiés dans le contexte de la justice transitionnelle dans la mesure où il peut entraîner des priorités conflictuelles, des manipulations politiques, des mises en œuvre sélectives des droits, des limitations des mécanismes de réparation, et des influences sur l'aide internationale. Pour que la JT soit efficace et équitable, il est crucial de trouver un équilibre entre les considérations de *Realpolitik* et les principes de justice, de réparation et de réconciliation. En effet, sans un soutien assez fort de la part de l'État, ce dernier peut ignorer le droit et empêcher le retour de groupes minoritaires. Alors que les populations locales tendent à s'y opposer pour des raisons démographiques ou de sécurité, le retour est souvent perçu par les acteurs nationaux comme une menace à la stabilité et à l'équilibre démographique, économique et politique. Dans une situation où le groupe en question bénéficie d'alliés étatiques suffisamment puissants, la décision d'empêcher le retour peut être infirmée, et ce, même si cela va à l'encontre des intérêts du pays. Dans une telle situation, l'État cède toutefois devant la force, et non devant le droit, et ce, sous la menace ou par l'utilisation de cette force⁶¹.

Dans les faits, le réalisme politique prête peu d'attention à la souffrance des réfugiés dans les camps et envisage tout recours à la force par les réfugiés comme une violence politique contre un État légitime, ignorant l'appel émotionnel des revendications. À cet effet, les réalistes considèrent que forcer un État à accepter le retour des réfugiés sape les principes fondamentaux de l'autodétermination. Notamment, le retour d'un groupe ethnique minoritaire dans une région où il était autrefois majoritaire peut être vu comme une tentative de modifier la composition démographique et de réaffirmer une influence politique, et le principe de la non-intervention dans la mesure où le droit au retour peut être perçu comme une ingérence dans les affaires intérieures d'un État et une violation de sa souveraineté, surtout si l'État estime que ce retour menace sa stabilité économique, sociale ou politique. À plusieurs égards, la politique réelle

⁶⁰ Long, *supra* note 5 aux pp 23-25.

⁶¹ Adelman et Barkan, *supra* note 51 aux pp 221-222.

mise en place par les États peut entrer en conflit avec les objectifs de réconciliation de la justice transitionnelle puisque les États peuvent négliger les besoins de réconciliation et de réparation des réfugiés en priorisant les intérêts nationaux ou permettre le retour de certains réfugiés tout en excluant d'autres en fonction de considérations politiques. Par ailleurs, les États peuvent être réticents à fournir des compensations financières ou à restituer des biens si cela est perçu comme contraire à leurs intérêts et les efforts de réparation peuvent être orientés vers la stabilisation immédiate plutôt que vers une justice à long terme, ce qui peut négliger les besoins spécifiques des réfugiés et nécessite l'existence et l'application de normes et de mesures afin de protéger les réfugiés⁶².

9. Les droits de propriété

Détenus par des individus ou des groupes d'individus, les droits à la propriété sont considérés comme étant garantis et protégés par l'État dans une majorité de pays⁶³. Les théories réalistes abordent les droits de propriété comme un « faisceau de droits » pouvant inclure (ou exclure en fonction de chaque situation) le droit de posséder, d'utiliser, d'exclure ou de permettre à certains individus d'utiliser, de vendre, de donner, de disposer par testament, de récupérer en cas de vol et de compensation pour les dommages subis envers la propriété⁶⁴. Cette définition des droits de propriété comme regroupant plusieurs droits liés à un objet, rejoint la logique économique néolibérale qui repose sur la notion de contrôle⁶⁵, plus précisément sur l'habilité qu'a un individu dit propriétaire d'utiliser un objet à sa guise ; ce qui inclut aussi la possibilité d'exclure certains individus d'en faire usage.

Toutefois, cette vision des droits de propriété soulève d'importantes questions à savoir qui bénéficie réellement de cette plus grande liberté qu'occasionne la privatisation par les droits de propriété. Par le biais de l'appropriation et de la dépossession, la privatisation entraîne nécessairement la création d'inégalités et le renforcement de celles en place⁶⁶ notamment les discriminations envers les femmes. En effet, comme les droits de propriété relèvent du droit interne des États, le droit formel est souvent discriminatoire à l'égard des femmes, puisque même dans les cas où le droit formel protège les droits des

⁶² Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 221-222.

⁶³ Leckie et Huggins *supra* note 12 à la p 3.

⁶⁴ *Ibid* à la p 2.

⁶⁵ Becky Mansfield, « *Privatization: Property and the Remaking of Nature-Society Relations Introduction to the Special Issue* » (2007) 39:3 *Antipode* 393 à la p 399.

⁶⁶ *Ibid* aux pp 399-400.

femmes à la propriété, ces dernières font face à des restrictions coutumières à leurs droits au logement, à la terre et à la propriété particulièrement dans les endroits où l'accès à la justice formelle est limité⁶⁷.

Pour les théoriciens du droit, la propriété n'est pas que l'objet physique des droits, il s'agit plutôt d'une relation sociale, d'un arrangement qui prévoit certains droits à un individu vis-à-vis un objet⁶⁸. Sans atténuer l'importance du *jus utendi* et du *jus disponendi* comme composantes du droit de propriété, certains auteurs considèrent que l'essence de la propriété privée réside dans le droit d'exclure l'usage à un ou plusieurs individus⁶⁹. Dans les faits, un droit de propriété ne garantit pas à son propriétaire l'habileté physique ou sociale de faire usage de sa propriété, la seule garantie est le pouvoir décisionnel relativement à qui peut ou ne peut pas faire usage de sa propriété⁷⁰. Ce pouvoir social conféré par le droit de propriété est d'ailleurs exacerbé lorsque la terre est la principale source de subsistance ou de revenus⁷¹.

En effet, la distribution inégale des ressources liées au logement, à la terre et à la propriété, engendre la pauvreté qui agit à titre de déclencheur structurel pour de nombreux conflits dans les régions en développement⁷². C'est d'ailleurs la reconnaissance par autrui de la validité de la déclaration de propriété individuelle qui confère le « pouvoir » (ce que les néolibéraux qualifient de « liberté » pour les néolibéraux) au droit de propriété et non pas la déclaration en elle-même ou son objet⁷³. À l'instar de Bina Agawar, nous considérons les droits fonciers comme ayant aussi une dimension temporelle dans la mesure où ils peuvent être héréditaires ou n'être effectifs que pendant la durée de vie de leur détenteur ou pour une période plus courte déterminée, en plus de posséder une dimension géographique en étant conditionnels à l'emplacement où l'individu détenteur réside⁷⁴.

Les juristes conçoivent que les différents droits qui découlent du droit de propriété n'offrent pas au propriétaire la possibilité de faire comme bon lui semble avec sa possession. Contrairement à l'idée de « faisceau de droits » avancée par les réalistes, ils considèrent que le droit de propriété implique plusieurs

⁶⁷ Sharanya Sai Mohan, « The Battle after the War: Gender Discrimination in Property Rights and Post-Conflict Property Restitution » (2011) 36:2 Yale J. Intl L à la p 464.

⁶⁸ Mansfield, *supra* note 61 à la p 399.

⁶⁹ Morris R. Cohen, Property and Sovereignty, 13 Cornell L. Rev. 8 (1927) à la p 12.

⁷⁰ Mansfield, *supra* note 61 à la p 399.

⁷¹ Cohen, *supra* note 67 à la p 21.

⁷² Leckie et Huggins *supra* note 12 à la p 5.

⁷³ Mansfield, *supra* note 61 à la p 399.

⁷⁴ Bina Argawal, *A Field of One's Own: Gender and Land Rights in South Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995 à la p 19.

« brins de droits » qui ne nécessitent pas d'être réunis puisque souvent en conflit dans la pratique⁷⁵. En opposition à la théorie des droits naturels, ils considèrent que l'État doit assurer l'effectivité des droits en appliquant des restrictions et des obligations positives pour les propriétaires tout en protégeant le droit d'exclure autrui⁷⁶. En abordant la question des inégalités par l'apport d'une théorie sociale du droit de propriété, les juristes ont offert une nouvelle vision de la propriété qui s'accorde non pas seulement en termes de droit et de liberté, mais aussi en termes d'obligation et de responsabilité pour les propriétaires⁷⁷. À cet effet, la privatisation sera considérée comme constituant une forme de protection pour les dépossédés par le biais de droits liés à la propriété⁷⁸ et à même de répondre en partie aux inégalités créées.

L'apport des théories féministes en la matière permet d'ailleurs de pallier aux lacunes des théories juridiques, notamment en mettant en évidence les discriminations spécifiques vécues par les femmes en la matière. Ainsi, Bina Agarwal propose de différencier les droits formels du terme plus large d'accès à la terre qui inclut les moyens informels d'accéder au logement ou à la terre via⁷⁹, par exemple, l'emprunt d'un bien pour une saison de culture ou de récolte et qui n'offre pas de garantie ou de sécurité légale⁸⁰.

À des fins de clarification, et à l'instar de Giulia Paglione, le terme propriété, tel que reflété dans cette recherche, fait référence « à la propriété réelle et en particulier au logement et à la terre », ainsi « la propriété mobilière et la propriété intellectuelle sont exclues de cette analyse ». Par conséquent, les termes « restitution de propriété », « restitution de logement et de propriété » seront utilisés en faisant référence à la « restitution de logement, de terre et de propriété » un terme plus large maintenant intégré dans les déclarations internationales⁸¹.

La relation entre le droit au retour des réfugiés et la justice transitionnelle est intrinsèquement liée à la réparation des torts, à la promotion de la réconciliation, à la reconnaissance de la dignité des victimes, à la participation inclusive et au surpassement des défis pratiques et politiques. La JT semble donc à même de fournir un cadre pour intégrer et renforcer le droit au retour, contribuant ainsi à la reconstruction et à

⁷⁵ Mansfield, *supra* note 61 à la p 400.

⁷⁶ Cohen, *supra* note 67 à la p 21.

⁷⁷ Mansfield, *supra* note 61 à la p 401.

⁷⁸ *Ibid* à la p 402.

⁷⁹ Argawal, *supra* note 70 à la p 19.

⁸⁰ Carmen Diana Deer et Magdalena Leon, *Empowering Women: Land And Property Rights In Latin America*, Pittsburg, University of Pittsburgh Press 2001 à la p 3.

⁸¹ Giulia Paglione, « Individual Property Restitution: From Deng to Pinheiro - and the Challenges Ahead » (2008) 20:3 *International Journal of Refugee Law* à la p 391 commentaire 1.

la stabilisation des sociétés post-conflit, lien que nous tenterons d'ailleurs de mettre en lumière dans les prochains chapitres.

CHAPITRE 1

EXISTANCE ET NATURE DU DROIT DE RETOUR POUR LES RÉFUGIÉS

Ce chapitre explore l'évolution du droit de retour et le cadre juridique international relatif à la protection des réfugiés qui a évolué au fil des siècles, passant d'une protection limitée des minorités religieuses à une reconnaissance plus large des droits des réfugiés. Historiquement, les expulsions forcées ont été justifiées par des motifs religieux, ethniques ou raciaux, mais au 20e siècle, des efforts ont été faits pour encadrer ces pratiques. Les Traités sur les minorités et les conventions adoptées par la Société des Nations ont marqué les premières tentatives de régulation internationale, bien qu'elles aient souvent échoué à être ratifiées en raison de préoccupations politiques et logistiques. Après la Seconde Guerre mondiale, le déplacement forcé a été explicitement reconnu comme un crime de guerre, et des documents tels que la Déclaration interalliée de 1942 a enforcé cette interdiction.

Les conventions internationales, telles que celles de Genève, ont établi des normes pour protéger les civils contre les déplacements forcés, même en temps de guerre, et ont interdit les transferts de population pour des raisons discriminatoires, ce que ce chapitre aborde notamment. Le principe de non-refoulement, central dans la Convention de 1951 sur les réfugiés, interdit le renvoi de personnes vers des pays où elles risquent des persécutions. Cependant, ce principe a ses limites, particulièrement en cas de menace à la sécurité nationale perçue ou avérée. À cet effet, les instruments régionaux, comme la Convention de Kampala, ont contribué à renforcer les protections, en imposant des obligations claires aux États pour prévenir les déplacements forcés et assurer l'assistance aux déplacés.

Ainsi, le droit de retour, bien qu'il ne soit pas explicitement formulé dans les conventions internationales, est soutenu par divers cadres juridiques, notamment par le droit de la nationalité et le droit international des droits humains. Cette section du document aborde les conventions des Nations Unies et les résolutions du Conseil de Sécurité, ainsi que comment elles ont progressivement reconnu ce droit même si des défis subsistent quant à son application. La jurisprudence, à travers des affaires emblématiques comme celles de Chypre et des Asiatiques d'Afrique de l'Est, a joué un rôle crucial en affirmant ce droit et en condamnant les pratiques discriminatoires. Enfin, le chapitre cherche à articuler en surface les développements juridiques récents comme étant une base pour la protection des réfugiés ayant subi des déplacements arbitraires, et ce, bien que des efforts continus soient nécessaires pour surmonter les obstacles politiques et garantir la sécurité et la dignité des personnes déplacées.

1.1 Historique du cadre juridique international

1.1.1 Des droits des étrangers à l'ONU: une protection des réfugiés à deux vitesses

Le droit de retour tel que perçu aujourd'hui dérive du droit de ne pas être expulsé et de la logique voulant que si un individu a le droit de ne pas être expulsé, il doit donc avoir le droit de revenir⁸². Bien qu'allant de soi dans le monde contemporain, ce raisonnement est l'aboutissement de nombreux efforts sur plus de deux siècles visant à définir le statut de réfugié en plus des droits que ce statut confère.

Le terme «réfugié» a été utilisé dans pour la première fois afin de décrire les protestants ayant été forcé à l'exil par les catholiques durant les guerres de religion qui ont marqué le 17^e siècle. Ce sont les minorités religieuses qui ont les premiers soufferts des expulsions, tant sur le continent européen que dans les territoires outre-mer occupés par les puissances coloniales. Les motifs religieux qui soutenaient les massacres et les expulsions depuis le Moyen-Âge ont, par la suite, été substitués par les motifs ethniques et raciaux qui ont caractérisé la construction des États-nations. Bien que le 19^e siècle ait été marqué par le soutien de la communauté internationale face aux expulsions ethniques, leurs conséquences sur les droits de ces derniers se voyaient mitigées dans la mesure où les réfugiés étaient largement perçus comme des atouts par les pays d'accueil. C'est au tournant du 20^e siècle, conséquemment au contrôle accru des frontières par les États, que la vision des réfugiés ainsi que leur traitement se sont dégradés. Si les réfugiés en territoire européen se comptaient par dizaines de milliers au siècle précédent, c'est par centaines de milliers qu'on les dénombrait à la suite de la guerre des Balkans débutant en 1912. Deux ans plus tard, la Première Guerre mondiale a aussi engendré le déplacement de plusieurs millions d'individus à travers l'Europe⁸³, si bien qu'au lendemain de la Guerre sévit une véritable crise humanitaire sur le vieux continent, envenimée par les conflits locaux qui perdurent majoritairement en Europe de l'Est, mais aussi en Grèce et en Turquie⁸⁴.

1.1.2 Les Traités sur les minorités

En réponse à cette situation, les États partis de la SDN ont adopté les Traités sur les minorités qui constituaient un ensemble d'accords internationaux visant à protéger les droits des minorités ethniques

⁸² Adelman et Barkan, *supra* note 51 aux pp 43-44.

⁸³ *Ibid* aux pp 28-30

⁸⁴ James C. Hathaway, *The Evolution of the Refugee Rights Regime: The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge : Cambridge University Press, 2021 aux pp 17-18.

et religieuses dans les États vaincus. Ces documents prévoyaient un examen externe de la relation entre les citoyens étrangers et leur propre gouvernement et garantissaient aux minorités un large éventail de droits civils et politiques fondamentaux, tels que l'accès à l'emploi public, le droit à des institutions sociales, culturelles et éducatives distinctes, des droits linguistiques, ainsi qu'une part équitable du financement public. De plus, ces traités imposaient aux gouvernements des États vaincus le devoir de respecter ces droits comme condition préalable à la restauration de leur autorité souveraine sur leur territoire⁸⁵.

Les Traités sur les minorités ont eu un impact significatif non seulement sur le plan conceptuel en limitant la souveraineté de l'État sur ses citoyens, mais également sur le plan procédural en constituant le premier système international de responsabilité collectivisée pour l'application des droits de l'homme. En effet, une fois ratifiés, les traités étaient soumis au Conseil qui se voyait résolu de prendre formellement des mesures en cas de violation des obligations stipulées. Ainsi, ces premiers accords sur les réfugiés ne définissaient pas de responsabilités spécifiques pour les États, mais encourageaient la coopération au sein de la Société des Nations via le respect de sa documentation⁸⁶.

1.1.3 La Société des Nations face aux Guerres mondiales

À son apogée en 1921, la Société des Nations nomme un Haut-Commissaire aux Réfugiés en la personne de Fridtjof Nansen. Afin de répondre aux multiples problématiques des exodes migratoires, la SDN se dote du passeport Nansen en 1923, un document permettant aux individus apatrides de voyager pour s'établir ailleurs, mais qui n'offre pas à ces derniers la possibilité de retourner à leur pays d'origine. Le but était d'offrir de l'assistance matérielle, mais aussi juridique et politique aux réfugiés, mais l'acceptation de cette mesure par les États souverains s'expliquait davantage par le pouvoir d'expulser que le passeport conférait aux États que par un réel désir de protéger les réfugiés. En effet, si les expulsions effectuées dans le cadre de guerres d'agression visant l'annexion de territoires ont été reconnues comme illégales suivant le Pacte Kellogg-Briand de 1928, les expulsions en soi n'avaient pas hérité du même statut. Ainsi, les expulsions et transferts de population dit défensifs et au profit de la sécurité nationale étaient considérés comme légitimes et même parfois soutenus par la communauté internationale. À cet effet, la période d'entre-deux-guerres a été caractérisée par une attention du droit international portée vers des minorités spécifiques en raison de leur statut de minorité plutôt qu'à l'ensemble des réfugiés⁸⁷.

⁸⁵ Hathaway, *supra* note 80 aux pp 17-18.

⁸⁶ *Ibid* aux pp 20-21.

⁸⁷ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 42-43.

1.1.3.1 Les Conventions relatives au statut international des réfugiés

Afin de répondre aux préoccupations humanitaires entraînées par les expulsions continues, la Société des Nations a adopté la *Convention relative au statut international des réfugiés* en 1933 ainsi que de la *Convention concernant le statut des réfugiés provenant d'Allemagne* en 1938. Dans celles-ci, le statut de réfugié était offert en fonction de l'appartenance à un groupe ethnique ou du pays d'origine d'un individu et non pas comme un statut général, ce qui imposait aux pays signataires de ne pas expulser ni refouler à la frontière les individus appartenant à ces groupes ethniques. Cependant, ces conventions n'ont pas été largement ratifiées en raison de plusieurs facteurs. Tout d'abord, la question du refoulement des réfugiés vers des endroits où leur vie ou leur liberté serait menacée était un défi majeur. De plus, les mesures administratives appropriées contre les réfugiés entrant illégalement dans un pays étaient difficiles à mettre en place. En outre, la conférence d'Évian en 1938, qui visait à aborder la question de la migration involontaire et la crise des réfugiés juifs d'Allemagne nazie, a montré que les réfugiés juifs n'étaient pas admis dans les pays hôtes, même lorsqu'ils parvenaient à atteindre une frontière. Ces facteurs ont contribué à limiter l'efficacité des conventions de réfugiés de 1933 et 1938⁸⁸.

Malgré tout, ces premiers accords ont constitué une avancée notable vers le régime des droits humains tel qu'on le connaît aujourd'hui, puisqu'ils ont introduit l'idée d'une supervision internationale librement acceptée pour vérifier la conformité interne des États. À la différence des Traités sur les minorités supervisées par la SDN, puisque dès lors, il ne s'agissait dès lors plus d'imposer une sanction aux pays subordonnés, mais bien plutôt d'encourager une réelle coopération à l'échelle internationale visant l'atteinte d'objectifs communs⁸⁹.

1.1.4 L'après-Second Guerre mondiale : les déplacements comme crimes de guerre

Avant la Seconde Guerre mondiale, le Code Lieber adopté pendant la guerre civile américaine interdisait déjà le déplacement forcé de civils avant qu'en 1919, le déplacement soit reconnu comme un crime de guerre par une Commission créée par les délégués présents à la Conférence de paix préliminaire convoquée juste après la Première Guerre mondiale⁹⁰. La communauté internationale a commencé à reconnaître la souffrance des réfugiés, surtout européens, comme étant une préoccupation humanitaire

⁸⁸ *Ibid* aux pp 39-44.

⁸⁹ Hathaway, *supra* note 80 aux pp 90-91.

⁹⁰ Grant Dawson et Sonia Farber, *Forcible Displacement throughout the Ages*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 à la p 46.

globale au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, mais les politiques concernant les réfugiés restaient encore principalement formulées comme une question de droits des États plutôt que de droits des réfugiés. En effet, les expulsions et les transferts de population n'ont qu'augmenté dans les trois ans suivant la guerre en raison des politiques de déplacement de populations mises en œuvre par les gouvernements démocratiques et communistes et soutenus par les Alliés qui considéraient ces pratiques comme menant à la création d'États ethniquement homogènes, un élément nécessaire à la stabilisation de l'Europe et à la paix future⁹¹.

Les déplacements de population dans les pays nouvellement décolonisés ainsi qu'à travers une Europe morcelée par la guerre étaient perçus comme permettant d'unifier le caractère national de ces pays nouvellement libérés et d'ainsi éviter des conflits ethniques futurs. En contrepartie, les expulsions massives faites par les nazis ont été considérées comme des crimes distincts, puisque les populations étaient déplacées et remplacées par des Allemands afin d'annexer politiquement, économiquement et socialement les territoires nazis. Ce n'était d'ailleurs pas l'expulsion en soi qui constituait un crime aux yeux de la communauté internationale, mais bien le contexte de campagnes de terreur dans lesquelles les expulsions de masse avaient eu lieu ainsi que l'occupation ennemie qu'elles impliquaient par la suite⁹². Ce n'est qu'en 1942 que les déplacements forcés ont été explicitement catégorisés comme un crime de guerre dans un document international via la première Déclaration interalliée sur les crimes de guerre qui mentionnait l'expulsion massive comme un exemple des atrocités commises par les nazis⁹³.

1.1.4.1 Les procès de Nuremberg

À cet effet, le procès de Nuremberg a permis de poser un cadre juridique sur des crimes qui, en substance, étaient criminels, mais ne jouissaient encore d'aucune définition juridique⁹⁴. D'abord, l'article 6 (a) définit comme un crime contre la paix « la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux ». Ensuite, l'article (b) conclut que toute violation des lois et coutumes de la guerre constitue un crime de guerre, ce qui inclut « la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés⁹⁵ ». Finalement, la déportation a été considérée comme un crime contre l'humanité par le

⁹¹ Adelman et Barkan, *supra* note 51 aux pp 48-54.

⁹² *Ibid* aux pp 52-54.

⁹³ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 47.

⁹⁴ Adelman et Barkan, *supra* note 51 aux pp 52-54.

⁹⁵ *London Charter of the International Military Tribunal*, Doc off RTNU, 8 August 1945, 82 U.N.T.C. 280 art 6.

Tribunal via l'article 6 (c)⁹⁶. Ainsi, les déportations de masse visant l'annexion des territoires par le régime nazi ont été définies comme étant crime de guerre ainsi que le crime contre l'humanité⁹⁷. Dans les faits, le Tribunal de Nuremberg a abordé le crime de déportation dans trois chefs d'accusation en référence aux politiques nazies de déportation et de travail forcé, notamment les déportations massives de travailleurs des territoires occupés vers l'Allemagne de 1940. Cependant, le Tribunal « ne s'est pas particulièrement préoccupé de définir le statut juridique des territoires occupés à l'intérieur desquels, et à partir desquels, les victimes ont été déplacées ». Ainsi, le crime de déplacement forcé a été conceptualisé sans égard à la destination finale des déplacés⁹⁸.

Plusieurs termes ont été et continuent d'être utilisés pour désigner le déplacement forcé des personnes, y compris la déportation, l'expulsion, la migration forcée et le transfert forcé. Certains termes, comme l'expulsion, font référence à l'obligation pour des individus de traverser des frontières internationales contre leur gré. D'autres termes, comme le déplacement interne ou la relocalisation forcée, font référence au transfert involontaire d'individus à l'intérieur de leur pays d'origine⁹⁹. Dans le régime contemporain des droits humains, le déplacement forcé est interdit s'il a pour but ou effet le génocide, la torture, les traitements inhumains ou dégradants, l'esclavage, l'apartheid ou s'il viole d'autres principes de *jus cogens*, et ce, même dans des situations où la dérogation à certaines obligations des droits de l'homme est permise¹⁰⁰. À cet effet, seul le déplacement forcé de civils pour des raisons illégitimes (c'est-à-dire pour des raisons autre que la sécurité temporaire de l'État) est interdit en vertu du DIH et peut être poursuivi en tant que crime de guerre¹⁰¹.

Il est suggéré que le déplacement forcé de populations peut être considéré comme un acte de génocide, surtout lorsque cela entraîne des conditions de vie désastreuses pour le groupe déplacé. Cependant, pour que le déplacement forcé soit qualifié de génocide, il doit y avoir une intention claire de détruire le groupe « national, ethnique, racial ou religieux¹⁰² » en tout ou en partie. À cet effet, la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* définit tout acte de « transfert forcé d'enfants du groupe

⁹⁶ *London Charter of the International Military Tribunal*, Doc off RTNU, 8 August 1945, 82 U.N.T.C. 280 art 6 c.

⁹⁷ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 52-54.

⁹⁸ Dawson et Farber, *supra* note 86 aux pp 47-48.

⁹⁹ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 43.

¹⁰⁰ Stavropoulou, « Displacement and Human Rights » *supra* note 32 à la p 552.

¹⁰¹ Jan Willms, « Without Order, Anything Goes? The Prohibition of Forced Displacement in Non- International Armed Conflict » (2009) 91 *International Review of the Red Cross* à la p 548.

¹⁰² Assemblée Générale des Nations Unies, *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Doc off AG NU 1948, 78 RTNU 277 à l'article 2.

à un autre groupe¹⁰³ » comme un acte de génocide. Par ailleurs, l'article 1 de la Convention souligne que cette dernière s'applique aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre ce qui élargit le contexte juridictionnel dans lequel le génocide peut être commis par rapport à d'autres crimes internationaux¹⁰⁴.

1.2 La protection des réfugiés en droit international contemporain

1.2.1 La responsabilité politique des États

Dans le contexte des déplacements arbitraires, le concept de responsabilité politique est défini comme l'obligation des États, en particulier des États d'origine, de répondre des actes qui ont conduit au déplacement de leurs citoyens. Cette responsabilité politique englobe plusieurs dimensions. D'abord, la responsabilité causale se réfère au rôle de l'État dans la création des conditions qui ont conduit à la migration forcée, que ce soit par des actions directes comme la persécution, ou par des omissions telles que l'incapacité à protéger les citoyens. Ensuite, il existe une responsabilité morale qui implique une évaluation des actions de l'État en termes de blâme ou de louanges. À cet effet, un État peut être moralement responsable s'il a agi de manière répréhensible ou s'il n'a pas agi comme le devoir l'exigeait. Finalement, la responsabilité réparatrice impose à l'État d'origine une obligation spéciale de remédier à la situation des personnes déplacées. Cela signifie qu'il doit prendre des mesures pour corriger les torts causés, dans le contexte du présent mémoire, en facilitant le retour des réfugiés dans des conditions justes et sûres. Même si un État d'origine n'est pas principalement responsable du déplacement, il peut encore avoir une responsabilité prospective en raison de ses liens particuliers avec ses citoyens déplacés. Cette responsabilité ne peut pas être partagée avec d'autres acteurs, tels que les États d'asile et les organisations internationales, mais l'État d'origine demeure central en raison de ses obligations envers ses citoyens.¹⁰⁵.

Sur le plan théorique, mettre l'accent sur la responsabilité de l'État d'origine renforce l'idée que les États ont des obligations fondamentales envers leurs citoyens, y compris la protection de leurs droits et de leur sécurité. En mettant l'accent sur la responsabilité de l'État d'origine, on souligne que la légitimité d'un État est en partie déterminée par sa capacité à assumer ces responsabilités. En effet, la création de réfugiés est souvent le résultat d'un échec de l'État à remplir ses devoirs fondamentaux, ce qui remet en question la légitimité morale et légale de ce dernier¹⁰⁶. Dans la pratique, cela signifie que l'État d'origine doit être

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 57.

¹⁰⁵ Bradley, *supra* note 21 aux pp 3-5.

¹⁰⁶ *Ibid* aux pp 1-2.

impliqué dans la recherche de solutions durables pour les réfugiés, notamment par le biais de mesures de réparation et de réconciliation pour rétablir la relation entre l'État et ses citoyens exilés. En outre, mettre l'accent sur la responsabilité des États d'origine face aux déplacements dans la théorie et dans la pratique ouvre la voie à ce que la communauté internationale fasse pression sur les États responsables des déplacements arbitraires afin qu'ils assument leurs responsabilités plutôt que de se reposer uniquement sur les pays d'accueil pour gérer les conséquences des afflux de réfugiés¹⁰⁷.

1.2.2 Protections contre les déplacements en droit humanitaire

Avant que les Conventions de Genève et leurs protocoles ne soient adoptés, les Conventions de La Haye constituaient la principale référence en matière de droit humanitaire. Bien qu'elles aient offert un cadre juridique détaillé pour la conduite de la guerre, elles ne traitaient ni du déplacement forcé ni de la déportation ce qui a conduit les rédacteurs des Conventions de Genève et de leurs protocoles à élaborer des instruments juridiques interdisant le déplacement forcé mieux adaptés aux réalités de la guerre moderne. À cet effet, les auteurs ont convenu à l'unanimité de la nécessité d'une interdiction explicite du déplacement forcé¹⁰⁸ via l'Article 49 de la Convention de Genève IV de 1949 qui stipule que « les transferts forcés, en masse ou individuels, ainsi que les déportations de personnes protégées hors du territoire occupé dans le territoire de la Puissance occupante ou dans celui de tout autre État, occupé ou non, sont interdits, quel qu'en soit le motif »¹⁰⁹. L'Article 49 comporte plusieurs implications significatives. Tout d'abord, il interdit la relocalisation des personnes à la fois à l'intérieur du territoire occupé et en dehors de celui-ci. Ensuite, cette interdiction s'applique aussi bien aux déportations individuelles qu'aux déportations massives sans distinction. De plus, il prohibe tout type de déportation indépendamment de la destination envisagée. Enfin, l'article interdit le transfert de la population civile d'un État vers un territoire occupé. Ces dispositions visent à protéger les droits des personnes dans les zones de conflit et à prévenir les abus liés aux déplacements forcés¹¹⁰.

Outre l'Article 49, la Quatrième Convention de Genève contient d'autres dispositions pertinentes concernant le déplacement forcé, notamment l'Article 27 (1) qui garantit la protection générale des civils en affirmant que les personnes protégées doivent bénéficier « en toutes circonstances » du respect de

¹⁰⁷ *Ibid* aux pp 5-6.

¹⁰⁸ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 50.

¹⁰⁹ Comité international de la Croix-Rouge, *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, Doc off AG NU 12, 1949, Doc NU 75 RTNU 287 [Quatrième Convention de Genève].

¹¹⁰ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 51.

leurs droits familiaux, de leurs pratiques religieuses, de leurs coutumes et d'un traitement humain¹¹¹. Bien que cet article ne mentionne pas explicitement le déplacement forcé, certains experts y voient une possible interdiction de tels actes. Par ailleurs, les rédacteurs des Conventions de Genève ont qualifié certaines formes de déplacement forcé de crimes de guerre. Par ailleurs, l'Article 147 identifie les crimes considérés comme des violations graves de la Convention en y incluant la déportation et le transfert illégal¹¹².

Au regard des conflits internes, la seule clause qui s'applique, dans le cadre des conventions de 1949, est l'Article commun III. Bien qu'il ne mentionne pas explicitement le déplacement forcé, on peut en déduire que les interdictions de « violences contre la vie et la personne » ainsi que « atteintes à la dignité personnelle, notamment les traitements humiliants et dégradants » incluent également une interdiction générale du déplacement forcé. L'importance de cet article réside dans l'établissement par la CIJ d'un seuil minimum de protection pour les individus dans les conflits internes, couvrant ainsi ceux qui ne sont pas protégés par d'autres instruments. Avec l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève en 1977, de nombreuses protections ont été étendues pour couvrir un plus large éventail de situations, y compris les conflits armés internes¹¹³, notamment le Protocole additionnel I qui a étendu la portée des Conventions de Genève en les appliquant aux 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-mêmes¹¹⁴ ».

Pour sa part, l'article 17 1) du Protocole II aux Conventions de Genève stipule que « le déplacement de la population civile ne pourra pas être ordonné pour des raisons ayant trait au conflit sauf, dans les cas où la sécurité des personnes civiles est menacée ou lorsque des raisons militaires impératives l'exigent¹¹⁵ ». Si ces dispositions sont respectées, elles offrent une protection essentielle à toutes les personnes civiles en éliminant les principales causes de déracinement en temps de guerre. En effet, elles interviennent avant

¹¹¹ *Quatrième Convention de Genève, supra* note 105 à l'article 27 (1).

¹¹² Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 52.

¹¹³ *Ibid* à la p 53.

¹¹⁴ Comité international de la Croix-Rouge, Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts in Geneva, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, Doc off NU, 1125 RTNU 3 à l'article 1(4).

¹¹⁵ Comité international de la Croix-Rouge, Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts in Geneva, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux*, Doc off NU, 1125 RTNU 609 [Protocole II] à l'article 17(1).

même que le droit des réfugiés ne prenne effet en assurant une protection contre les transferts forcés et la menace de déracinement¹¹⁶.

Dans le cadre d'un conflit armé, le DIH est souvent perçu comme la norme spécifique (*lex specialis*), tandis que le DIDH est vu comme la norme générale (*lex generalis*). Toutefois, si le droit des droits de l'homme propose une norme plus stricte que celle du droit humanitaire, c'est cette norme plus stricte qui prévaut. Par conséquent, le DIH ne prime pas systématiquement sur le DIDH durant les conflits armés, puisque lorsque le droit des droits de l'homme fixe un seuil minimum de droit plus élevé, ce seuil plus élevé devient la norme de référence dans les situations de conflit armé non international et ainsi permet de réguler l'autorité d'un État en relation avec ses actions envers les civils et ceux qui ne participent pas activement aux hostilités¹¹⁷.

Le DIH assure donc une protection significative aux réfugiés, aux apatrides et aux personnes déplacées à l'intérieur de leur pays. En effet, ces groupes sont couverts par des règles générales, ainsi que par des dispositions spécifiques qui leur sont destinées et qui visent à protéger les civils des conséquences des conflits, des déplacements forcés et des expulsions. Ces protections ne remplacent pas celles offertes par la Convention de 1951 sur les réfugiés, puisqu'un individu peut bénéficier à la fois des protections du droit international humanitaire et de celles du droit des réfugiés, selon les situations étant donné que ces systèmes juridiques se complètent et se soutiennent mutuellement¹¹⁸.

Cependant, les règles du droit international humanitaire s'appliquent principalement sur le territoire des parties engagées dans un conflit, qu'il soit international ou interne et, en général, ne s'appliquent pas aux réfugiés qui ont trouvé refuge dans un État non impliqué dans le conflit. Dans ces circonstances, les réfugiés sont protégés par la législation nationale du pays d'accueil, par les normes de droits humains et par la Convention de 1951, à condition qu'ils répondent à la définition de réfugié. Ceux ayant trouvé asile dans des États neutres peuvent néanmoins bénéficier de certaines protections offertes par le DIH en plus de bénéficier des mesures relatives à la recherche des personnes disparues, à l'échange de nouvelles familiales et à la réunification des familles séparées par la guerre. Ces actions sont cruciales pour préserver les liens familiaux et offrir un soutien moral aux personnes déplacées par les conflits. Il est à noter que la

¹¹⁶ Bugnion, Francois, *Refugees, internally displaced persons, and international humanitarian law* (2005) 28:5 Fordham International Law Journal à la p 1406.

¹¹⁷ Dawson et Farber, *supra* note 86 aux pp 54-55.

¹¹⁸ Bugnion, *supra* note 112 aux pp 1408-1409.

Convention de 1951 relative aux réfugiés a été réfléchié précisément parce que la plupart des dispositions du droit humanitaire ne s'appliquent pas au territoire des États neutres ou non belligérants¹¹⁹.

1.2.3 Protection du domicile

De nombreux éléments composent le régime contemporain des droits des réfugiés. S'il a été expliqué auparavant que les déplacements de population sont interdits par le DIH, il existe par ailleurs des normes relatives aux autres aspects du déplacement dans le régime des droits humains. À cet effet, l'article 17 (1) du PIDCP garantit la protection du domicile contre toute ingérence arbitraire ou illégale : « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, à son domicile ou sa correspondance ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation¹²⁰ ». Ainsi, toute intrusion dans cette sphère sans le consentement de la personne concernée est considérée comme une ingérence, de même que toute action qui prive complètement une personne de son domicile. Cette protection s'étend d'ailleurs à tous les types de résidences, quel que soit leur nature juridique ou leur usage¹²¹. Plus encore, les États parties au PIDCP ont une obligation particulière de protéger le droit à la vie privée, y compris contre les ingérences de la part de tiers tel que stipulé à l'article 17 (2)¹²². Par le fait même, le Principe 21 des *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays* concerne le droit à la propriété et à la possession en statuant que « nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété et de ses possessions »¹²³.

1.2.4 Le droit de fuir et de demander asile

En cas de violation du droit à la protection du domicile, les individus détiennent aussi un droit inaliénable à fuir et se réfugier dans un pays tiers. À cet effet, la Convention de 1951 aborde directement l'expérience des réfugiés en s'attardant sur le besoin de fuir, d'être accepté et d'être abrité, notamment en conférant des droits contre les sanctions pour avoir cherché protection, l'accès à la documentation liée à leur statut ainsi que le droit de faire appel aux tribunaux nationaux pour faire valoir ces droits¹²⁴. Cette dernière a été

¹¹⁹ Bugnion, *supra* note 112 aux pp 1408-1410.

¹²⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés AG 2200 (XXI), Doc off AG NU, 1496e séance, Doc NU AIRE/2200 (XXI) (1966) [PIDCP] à l'article 17.

¹²¹ Maria Stavropoulou et Luke T. Lee, «The Question of a Right Not to be Displaced. Proceedings of the Annual Meeting» (1996) 90 *American Society of International Law* à la p 550.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, Doc off SC NU, 54e sess, annexe point 2, E/CN.4/1998/53/Add.2 à l'article 21.

¹²⁴ Hathaway, *supra* note 80 aux pp 94-95.

rédigée en ayant pour modèle la *Convention relative au statut international des réfugiés* de 1933. Ainsi, les droits qu'elle confère ont d'abord pour source d'abord cette Convention, mais aussi la DUDH de 1948 qui a eu comme influence l'ajout de dispositions codifiant de nouveaux droits. Outre les droits fondamentaux liés à la survie et à la dignité des réfugiés, cette dernière accorde aussi des droits socio-économiques et civils, à savoir la protection contre la sanction pour entrée illégale, l'exemption des mesures exceptionnelles appliquées aux compatriotes et le droit de transférer des actifs acquis à l'extérieur vers un pays de réinstallation¹²⁵. Si en règle générale, toute expulsion individuelle et massive est interdite sauf pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public, les non-citoyens peuvent être soumis à l'expulsion, mais cette mesure doit respecter les dispositions pertinentes du droit international ainsi que les obligations découlant des instruments juridiques¹²⁶.

Dans la mesure où le départ est volontaire, l'article 13, paragraphe 2 de la DUDH stipule que « toute personne a le droit de quitter tout pays »¹²⁷. En cas de persécution dans son État d'origine, tout individu détient aussi le droit fondamental de chercher et de bénéficier de l'asile dans un État tiers, tel qu'affirmé dans l'article 14 de la DUDH¹²⁸. Cela implique que tout individu est en droit de quitter, mais aussi d'effectuer un retour dans son pays d'origine et qu'il ne peut y avoir de discrimination faite à l'égard de qui peut ou ne peut être rapatrié par un État, puisque ce dernier est tenu d'assurer la protection de tous ses citoyens¹²⁹.

Pourtant, entre 1955 et 1980, les décideurs politiques occidentaux ont largement rejeté la réintégration comme solution aux problèmes des réfugiés. Les réintégrations en provenance des États communistes ont toutefois été tolérées à contrecœur par les gouvernements occidentaux et présentées comme des actions humanitaires exceptionnelles, au-delà de tout cadre politique. C'est le cas notamment pour les réfugiés hongrois en 1956 dont le rapatriement des enfants de moins de dix-huit ans qui avaient quitté le pays en tant que mineurs non accompagnés a été facilité par le HCR et mis de l'avant comme une mesure explicitement humanitaire visant les réunifications familiales. Considérés comme ne pouvant jouir du statut de réfugiés, puisque n'ayant jamais été citoyens d'un État à la base, le rapatriement des enfants visait aussi à permettre aux États occidentaux de les considérer comme des sujets humanitaires plutôt que

¹²⁵ Hathaway, *supra* note 80 à la p 94.

¹²⁶ Stavropoulou et Lee, *supra* note 117 à la p 551.

¹²⁷ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n°13, Doc NU A/46/1 (1991) [DUDH] article 13 para 2.

¹²⁸ *Ibid* à l'article 14.

¹²⁹ Bradley *supra* note 21 à la p 48.

des dissidents politiques. Non sans controverse, cette approche a encouru des protestations notables de la part d'individus et d'organisations lorsqu'elle fut réenvisagée pour les ressortissants de l'Indochine. Les discours sur le rapatriement des réfugiés dans les contextes de la Guerre froide étaient délibérément politisés et dépendaient presque entièrement de l'alignement politique des intérêts stratégiques occidentaux et de la création de voies de retour « humanitaire » qui contournaient les questions de citoyenneté pourtant nécessaires¹³⁰.

Les transitions politiques des années 80 ont été le sujet de débats entourant, entre autres, les opportunités et les risques que de telles transformations entraînaient. C'est notamment le cas de la Conférence de l'Aspen Institute intitulée *State Crimes: Punishment or Pardon?* qui s'est tenue en novembre 1988 à Wye au Maryland. Organisée en réponse aux événements dramatiques qui se déroulaient en Amérique latine et ailleurs dans le monde dans les années 1980, elle visait à développer un cadre intellectuel pour comprendre les défis politiques, moraux et juridiques auxquels faisaient face les pays en transition vers la démocratie¹³¹. Un des résultats notables de la conférence a été la distinction entre la connaissance et la reconnaissance, introduite par Thomas Nagel, soulignant l'importance de la reconnaissance publique officielle des vérités sur les crimes passés¹³². La conférence a également mis en lumière les impératifs entrelacés de justice pénale et de vérité, et a souligné l'importance de l'obligation des gouvernements successeurs d'enquêter et d'établir les faits pour que la vérité soit connue et intégrée dans l'histoire nationale¹³³. En somme, la conférence de l'Aspen Institute a joué un rôle crucial dans la formation d'un cadre conceptuel pour la justice transitionnelle, en abordant les défis complexes liés à la transition vers la démocratie et en proposant des solutions pour traiter les crimes d'État passés¹³⁴.

1.2.5 Protections contre l'exil arbitraire et la discrimination

Le DIH proscrit avec fermeté l'expulsion des populations civiles en tant que tactique d'hostilités dans les conflits armés, qu'ils soient internationaux ou non. Cette interdiction s'étend aux déportations individuelles et massives, et s'applique sans distinction de motifs, mettant ainsi un terme à la pratique

¹³⁰ Long, *supra* note 5 aux pp 80-81.

¹³¹ Paige Arthur, «How "Transitions" Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice » (2009) 31:2 Human Rights Quarterly à la p 349.

¹³² Lawrence Weschler, *A Miracle, a Universe: Settling Accounts with Torturers*, New York: Pantheon Books, 1990 à la p 4.

¹³³ Arthur, *supra* note 127 aux pp 353-355.

¹³⁴ *Ibid* aux pp 325-329.

antérieure de déportation justifiée par des nécessités militaires. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) reconnaît d'ailleurs cette interdiction comme une norme coutumière internationale¹³⁵. Néanmoins, cette règle se limite aux déportations et ne s'étend pas à d'autres formes de déplacement au conflit, ce qui en restreint la portée. En effet, les évacuations demeurent permises dans les cas où la sécurité de la population est compromise ou lorsque des impératifs militaires le justifient, à condition que les personnes évacuées soient rapatriées une fois les hostilités cessées. En définitive, le droit international ne prévoit pas d'interdiction explicite concernant le déplacement prolongé des populations¹³⁶.

Les déplacements forcés de personnes sont également illégaux s'ils sont discriminatoires. La prohibition de la discrimination est un pilier fondamental de toutes les conventions et déclarations contemporaines des droits humains¹³⁷, puisque « tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi » et « ont droit à une protection égale contre toute discrimination »¹³⁸. Ainsi, les déplacements forcés de personnes sont également illégaux s'ils sont discriminatoires. Si tous les droits contenus dans la DUDH n'ont pas fait l'objet d'ajouts dans la Convention de 1951, certains préceptes notoires ont toutefois été intégrés, notamment l'impossibilité pour les États de formuler des réserves à leur obligation de garantir la protection contre la discrimination pour les réfugiés¹³⁹.

La Convention sur les réfugiés est fondée sur le principe de non-refoulement qui interdit aux États de renvoyer une personne dans un pays où elle risque d'être persécutée ou de se retrouver dans un pays où sa vie et sa liberté seraient en danger. Ce principe vise à protéger les individus qui ont fui leur pays d'origine en raison de persécutions basées sur des motifs spécifiques, tels que la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou les opinions politiques¹⁴⁰. De nos jours, le principe de non-refoulement est « reconnu et respecté dans l'état actuel du droit international » comme étant un principe de *jus cogens*¹⁴¹. Bien que contenue dans la Convention de 1951, la notion de non-refoulement ne s'appliquait qu'à un très petit nombre de réfugiés. En effet, malgré l'interdiction pour les États d'expulser

¹³⁵ Willms, *supra* note 97 aux pp 548-564.

¹³⁶ Mansha Mohee, «State Responsibility for Protracted Displacement: An International Legal Approach to Durable Solutions» (2021) 1:33 Intl J Refugee L aux pp 120-121.

¹³⁷ Stavropoulou et Lee, *supra* note 117 à la p 551.

¹³⁸ DUDH, *supra* note 123 article 7.

¹³⁹ Hathaway, *supra* note 80 aux pp 94-95.

¹⁴⁰ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 59.

¹⁴¹ OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés*, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama à Carthagène des Indes, Colombie, le 22 novembre 1984, Doc OEA OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10 rev.1 190 (1984-85) [Déclaration de Carthagène] au point 5.

ou de refuser l'entrée aux réfugiés autorisés à vivre sur leur territoire, la Convention contenait une clause échappatoire permettant aux États de violer la règle de non-refoulement si cela était nécessaire pour des raisons de sécurité nationale ou d'ordre public. Ainsi, bien que la Convention offre une protection cruciale aux réfugiés, elle ne crée pas d'obligation pour les gouvernements de prévenir les déplacements forcés à l'intérieur de leurs propres frontières. Elle n'exige pas plus aux États de poursuivre ceux qui sont responsables de tels déplacements internes. Son rôle principal étant de définir les obligations des États d'accueil envers les réfugiés qui arrivent sur leur territoire en leur fournissant protection et assistance¹⁴². Les exceptions tendent d'ailleurs à expliquer que les politiques de réfugiés étaient principalement formulées pour légitimer les transferts de population ayant provoqué des crises, plutôt que pour protéger les droits des réfugiés à cette époque¹⁴³.

Dans le droit contemporain, des dispositions en droit international garantissent l'égalité devant la loi et la protection contre la discrimination en plus d'offrir une protection contre les déplacements forcés pour des motifs discriminatoires tels que la race ou la religion,¹⁴⁴ ce qui est le cas notamment de l'article 26 du PIDCP. L'expulsion légale d'étrangers telle qu'expliquée plus haut, bien qu'elle n'impose pas de discrimination entre les étrangers et les nationaux, peut néanmoins constituer une discrimination entre ressortissants de différents pays. De plus, il peut exister une présomption réfutable d'actions discriminatoires dans le cas des expulsions collectives¹⁴⁵.

Bien que représentant une avancée majeure dans la protection des réfugiés, le PIDCP n'est pourtant pas en mesure d'englober toutes les situations particulières vécues par les réfugiés et d'en assurer tous les droits qui en découlent, puisqu'il a été envisagé, d'abord et avant tout, pour les citoyens qui résident dans leur État d'origine. Par exemple, bien qu'on y garantisse l'équité dans les procédures judiciaires, le pacte n'aborde pas la question plus fondamentale de l'accès à un système judiciaire pourtant critique pour les réfugiés. Au même titre, le PIDCP autorise les États à retirer une majorité de droits civils aux non-citoyens en cas d'urgence via l'article 12 (3), et ce, « même si les mesures prises constitueraient normalement une discrimination inadmissible fondée sur l'origine nationale, la naissance ou toute autre situation »¹⁴⁶. Depuis l'adoption des *Principes de Syracuse sur les dispositions de limitation et de dérogation du PIDCP*

¹⁴² Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 59.

¹⁴³ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 30-37

¹⁴⁴ PIDCP, *supra* note 116 à l'article 26.

¹⁴⁵ Jean-Marie Henckaerts, «Mass Expulsion in Modern International Law and Practice» (1996) 14:1 *Netherlands Quarterly of Human Rights* aux pp 47-48.

¹⁴⁶ Hathaway, *supra* note 80 à la p 122.

(*Principes de Syracuse*) de 1984, l'application de telles restrictions doit toutefois être prescrite par la loi, être fondée sur l'un des motifs énumérés justifiant les limitations, répondre à un besoin public ou social pressant, poursuivre un objectif légitime et être proportionnée à cet objectif (raisonnable)¹⁴⁷. Dans le cas contraire, l'article 2 (2) du PIDCP souligne le droit à un recours effectif en stipulant que « les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur »¹⁴⁸.

Sortis en 1999, sous la direction du Représentant spécial du Secrétaire général concernant les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, les *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays* constituent le premier cadre normatif visant la protection expresse des déplacés internes. Bien que non contraignants, ces principes furent repris à de nombreuses reprises dans des résolutions onusiennes, puis intégrées dans les politiques de plusieurs organisations internationales telles que le HCR ainsi que le Haut-commissariat pour les droits humains¹⁴⁹. Conséquemment avec les conventions post-Seconde Guerre mondiale abordée précédemment, le Principe 6 traite de la protection contre les déplacements arbitraires¹⁵⁰ alors que le Principe 5 nécessite que « toutes les autorités et tous les membres concernés de la communauté internationale respectent les obligations qui leur incombent en vertu du droit international, notamment les droits de l'homme et le droit humanitaire, et assurent leur respect en toutes circonstances de façon à prévenir et éviter les situations de nature à entraîner des déplacements de personnes »¹⁵¹.

1.2.6 Liberté de mouvement et choix de résidence

La Convention de 1951 a conféré aux réfugiés le droit de déterminer librement s'ils veulent ou non retourner dans le pays dont ils ont la nationalité ou, dans le cas d'un individu n'ayant pas la nationalité, mais ayant été reconnu comme réfugiés, le droit de retourner ou non dans le pays dans lequel ils ont leur « résidence habituelle »¹⁵². Bien qu'elle tende à protéger d'abord le droit qu'ont les réfugiés de choisir de

¹⁴⁷ Stavropoulou et Lee, *supra* note 117 aux pp 549–550.

¹⁴⁸ PIDCP, *supra* note 116 140 à l'article 2(2).

¹⁴⁹ Smit, *supra* note 11 aux pp 22-23.

¹⁵⁰ Bradley, « Durable Solutions and the Right of Return for IDP » *supra* note 24 à la p 222.

¹⁵¹ *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, *supra* note 119.

¹⁵² Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 4.

ne pas revenir dans leur pays d'origine, les clauses de cessation incluses à l'article 1.C énumèrent d'ailleurs les conditions dans lesquelles un individu cesserait d'être protégé aux termes de la Convention, ce qui suggère que le droit de retour a été au moins considéré par les auteurs¹⁵³ avant d'être interprété explicitement en ce sens et lié à un véritable droit de retour plus tard¹⁵⁴. À cet effet, les dispositions contenues dans la Convention concernant les droits à la délivrance de documents de voyage, le transfert d'actifs nécessaires à une réinstallation, ainsi que la possibilité de naturalisation dans l'État d'asile tendent à confirmer que le droit de retour dans son essence avait, du moins, été considéré par les auteurs¹⁵⁵.

En ce qui concerne les déplacements forcés à travers les frontières internationales, le droit à la liberté de mouvement et de résidence interne et la protection contre l'expulsion forcée ou l'ingérence arbitraire dans son domicile, mentionnés précédemment, sont également d'une grande importance tant pour les citoyens que pour les non-citoyens. Dans le cas des expulsions individuelles et massives de citoyens, une protection absolue est également accordée par le droit coutumier¹⁵⁶, comme le reflète l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'homme interdisant « l'exil arbitraire »¹⁵⁷. Ce principe est reconnu dans les instruments régionaux des droits de l'homme, notamment via le Protocole 4 de la Convention européenne des droits de l'homme qui assure le « droit de liberté de circulation et de choisir sa résidence » ainsi que « l'interdiction d'expulser un ressortissant et l'interdiction des expulsions collectives d'étrangers »¹⁵⁸. Ces dispositions s'inscrivent dans le prolongement du principe de prévention du Principe 5¹⁵⁹, et, bien qu'elles soient spécifiques au déplacement interne, elles reflètent des principes plus larges applicables à tout type de déplacement, notamment le respect des droits humains¹⁶⁰.

Le PIDCP est aussi une source importante de droits pour les réfugiés puisque le Pacte aborde des droits qui ne sont pas contenus dans la Convention de 1951, notamment les droits à la vie et à la famille, aux libertés d'opinion et d'expression, ainsi que la protection contre la torture, les traitements inhumains ou dégradants et l'esclavage¹⁶¹. L'article 12 (4) du PIDCP prévoit que « nul ne peut être arbitrairement privé

¹⁵³ Smit, *supra* note 11 à la p 11.

¹⁵⁴ Adelman, *supra* note 49 à la p 5.

¹⁵⁵ Hathaway, *supra* note 80 à la p 95.

¹⁵⁶ Stavropoulou et Lee, *supra* note 117 à la p 550.

¹⁵⁷ *DUDH*, *supra* note 123 à l'article 9.

¹⁵⁸ Cour euro DH, *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, textes adoptés, Série des traités du Conseil de l'Europe 005 (1950) [*Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)*] Protocole 4 article 2.

¹⁵⁹ Mohee, *supra* note 132 à la p 123.

¹⁶⁰ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 60.

¹⁶¹ Hathaway, *supra* note 80 à la p 121.

du droit d'entrer dans son propre pays »¹⁶², droit que les normes régionales de droits humains reconnaissent aussi comme étant une liberté de mouvement et qui renforce l'idée qu'il existe un droit de retour pour les réfugiés¹⁶³. Par ailleurs, l'article 2(2) aborde la responsabilité qu'ont les États de prendre les mesures légales et autres nécessaires afin de garantir ces droits, et de fournir des recours effectifs en cas de violation conformément à l'article 2(3)¹⁶⁴.

L'importance de ces instruments internationaux est renforcée par le nombre considérable d'États qui les ont signés, ratifiés et adoptés. L'adhésion généralisée aux principes énoncés dans ces traités internationaux sur les droits de l'homme montre qu'il existe un consensus global à l'effet que la liberté de mouvement et le droit de choisir son lieu de résidence sont des droits fondamentaux qui doivent être respectés et protégés¹⁶⁵.

1.2.6.1 Droit à la restitution

Si certains des principes évoqués plus haut ont déjà été abordés dans d'autres instruments internationaux, la réelle nouveauté en matière de protection des réfugiés au tournant des années 2000 concerne les Principes 28 (1) et 29 (1) des *relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays* qui évoquent pour une première fois le retour et la restitution. En effet, l'article 28 (1) énonce le devoir et la responsabilité qu'ont les États de « créer des conditions propices au retour librement consenti, dans la sécurité et la dignité des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays », et ce, « dans leur foyer ou leur lieu de résidence habituel » ou de fournir les moyens nécessaires « à leur réinstallation volontaire dans une autre partie du pays »¹⁶⁶.

L'article 29 (1) enchaîne en liant l'État à un devoir et une responsabilité « d'aider les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays qui ont regagné leur lieu d'origine ou ont été réinstallées, à recouvrer, dans la mesure du possible, la propriété et les possessions qu'elles avaient laissées ou dont elles avaient été dépossédées au moment de leur départ »¹⁶⁷. Ce principe souligne d'abord la nécessité de ne pas faire

¹⁶² PIDCP, *supra* note 116 à l'article 12(4).

¹⁶³ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 4.

¹⁶⁴ Stavropoulou et Lee, *supra* note 117 à la p 550.

¹⁶⁵ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 56.

¹⁶⁶ *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, *supra* note 199 à l'article 28.

¹⁶⁷ *Ibid* à l'article 29.

de discrimination envers les réfugiés internes en quête d'une solution à leur déplacement, et d'autre part, insiste sur leurs droits d'accéder aux services publics ainsi que de participer à la vie politique¹⁶⁸. Lu conjointement avec l'article 13(2) de la DUDH, ces articles sont interprétés comme impliquant le droit des individus ayant franchi une frontière internationale, de non seulement retourner dans leur pays d'origine, mais accorde aussi le droit à tous ceux qui ont été déplacés de retourner vivre dans/sur leurs maisons et terres d'origine, et ce, pour les réfugiés comme pour les déplacés internes¹⁶⁹.

Les Principes directeurs abordent donc les droits à la restitution de manière plutôt marginale, puisqu'ils préconisent une protection générale des biens durant le déplacement et la restitution au moment du retour, mais ne s'avancent pas plus loin dans la discussion des problèmes pratiques liés à la protection et à la restitution. De plus, étant donné qu'ils ne s'appliquent qu'aux personnes déplacées internes (IDP), les réfugiés ne sont pas inclus dans le champ d'application du Principe 29¹⁷⁰.

1.2.6.2 Droit de propriété

Bien que la perte de propriété soit un aspect fondamental du déplacement, les documents principaux concernant les droits des personnes déplacées internes ne font que peu mention des droits de propriété. Cette omission est notable, car la perte de domiciles, de terres, ou d'autres possessions constitue souvent un aspect crucial de l'expérience des déplacés. Le manque de directives détaillées concernant les droits de propriété exposé dans ces textes peut limiter l'efficacité à répondre de manière exhaustive aux besoins des personnes déplacées internes, qui sont souvent confrontées à d'importants défis pour récupérer ou obtenir une compensation pour leurs biens perdus. À cet effet, l'absence d'une reconnaissance universelle du droit à la propriété individuelle dans les conventions internationales de 1966, soit le PIDESC et le PIDCP s'explique en partie par le contexte idéologique de la Guerre froide. Cette période opposait les tenants d'une économie libérale à ceux d'un modèle socialiste, prônant la propriété collective des moyens de production et pour qui l'inclusion d'un droit à la propriété privée dans les conventions internationales aurait constitué un obstacle majeur à la ratification¹⁷¹.

¹⁶⁸ Bradley «Durable Solutions and the Right of Return for IDP», *supra* note 24 à la p 222.

¹⁶⁹ *Ibid* à la p 228.

¹⁷⁰ Paglione, *supra* note 77 à la p 399.

¹⁷¹ Paglione, *supra* note 77 aux pp 393-395.

Pour leur part, les *Principes directeurs relatifs au déplacement interne de 1998* tentent de traiter la question des droits de propriété et des pertes matérielles, bien que ces aspects ne soient pas le cœur principal du document. Conséquemment, le Principe 21 est particulièrement pertinent, puisqu'il stipule que les autorités compétentes doivent s'efforcer de fournir aux personnes déplacées les moyens nécessaires pour récupérer leurs biens et, si cela n'est pas possible, d'obtenir une compensation appropriée¹⁷². Ce principe couvre à la fois les pertes matérielles et immatérielles dues au déplacement. Le principe 29 que nous avons abordé concerne aussi la réinsertion, la réintégration et la réinstallation des déplacés internes, puisqu'il encourage les autorités à assister les personnes déplacées dans la récupération de leur propriété ou, si cela s'avère impossible, à fournir une compensation adéquate, ce qui est considéré inclure le retour sécurisé dans leurs lieux d'origine¹⁷³. Ces principes reconnaissent l'importance des droits de propriété et la nécessité de réparation pour les pertes subies. Toutefois, ils ne fournissent pas de mécanismes détaillés pour garantir ces droits et compensations, laissant ainsi une marge de manœuvre importante pour l'interprétation et l'application selon les contextes nationaux et les capacités des autorités compétentes¹⁷⁴.

1.2.7 Droit à un niveau de vie suffisant

L'article 11 (1) du PIDESC reconnaît le droit de chacun à un niveau de vie suffisant, y compris le logement. En décrivant ce droit comme équivalent à un « droit de vivre quelque part en sécurité, en paix et dans la dignité »¹⁷⁵, d'ailleurs le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a déclaré les cas d'expulsion forcée incompatibles avec les exigences du Pacte et ne pouvant être justifiés que dans des « circonstances des plus exceptionnelles, et conformément aux principes pertinents du droit international¹⁷⁶ ». Toute limitation au droit au logement doit se conformer aux exigences de l'article 4 du PIDESC¹⁷⁷, à savoir qu'elles doivent être compatibles avec le droit et déterminer « exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique »¹⁷⁸.

¹⁷² *Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays*, supra note 119 à l'article 21.

¹⁷³ *Ibid* à l'article 29.

¹⁷⁴ Paglione, supra note 77 à la p 399.

¹⁷⁵ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Rés. AG 2200 (XXI), Doc.off. AG NU, 1496ⁱème séance plénière, Doc NU ARES/2200 (XXI) (1966) [PIDESC] à l'article 11.

¹⁷⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Le droit à un logement suffisant (art. 11, par. 1 du Pacte)*, 6^{ème} sess, annexe III, Doc NU E/1992/23, annexe III (1991) 114 para 1.

¹⁷⁷ Stavropoulou et Lee, supra note 117 à la p 550.

¹⁷⁸ PIDESC, supra note 171 à l'article 4.

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) traite aussi du droit au logement à l'article 14 (2) bien que cette disposition soit spécifiquement limitée au droit au logement des femmes rurales¹⁷⁹. En effet, cette disposition reconnaît les défis uniques auxquels sont confrontées les femmes rurales qui sont souvent parmi les groupes les plus marginalisés et les plus affectés par la pauvreté et qui ne bénéficient somme toute que d'un accès limité aux ressources essentielles telles que le logement. L'article précise que les États parties doivent prendre en considération les problèmes spécifiques rencontrés par les femmes rurales et les rôles importants qu'elles jouent dans la survie économique de leurs familles, y compris en garantissant leur droit à un logement adéquat¹⁸⁰.

Par ailleurs, divers instruments abordant le sujet des expulsions forcées avaient déjà introduit le concept de restitution du logement dans les années précédentes. À titre d'exemple, dans sa Résolution 77 de 1993 concernant les expulsions forcées, la Commission des droits de l'homme a suggéré que « tous les gouvernements fournissent immédiatement restitution, compensation et/ou un logement ou terrain alternatif adéquat et suffisant, en accord avec les désirs et les besoins des personnes et communautés expulsées, après des négociations mutuellement satisfaisantes avec les personnes ou groupes touchés »¹⁸¹. En revanche, alors que le droit à la restitution ou à la compensation pour les biens dans le cadre des expulsions forcées bénéficie d'une jurisprudence abondante, le droit à la restitution ou compensation pour les biens dans le contexte des déplacements forcés est toujours en cours de développement juridique¹⁸².

1.2.8 Protection contre les déplacements dans les instruments régionaux

Plusieurs instruments régionaux se concentrent sur la protection des personnes déplacées, notamment la *Convention de l'OUA de l'Union africaine* (UA) auparavant connu sous le nom de *l'Organisation de l'unité africaine* (OUA) de 1969 qui impose aux États, tant à celui d'origine qu'au pays d'accueil de garantir « toute l'assistance possible susceptible de faciliter » le retour des réfugiés en Afrique¹⁸³. De même, la Déclaration de Carthage de 1984, bien que non contraignante, recommande aux signataires de respecter les protections de la *Convention sur les réfugiés* et élargit la définition de réfugié pour inclure ceux « qui ont

¹⁷⁹ Paglione, *supra* note 77 à la p 396.

¹⁸⁰ *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, Rés. AG 341180, Doc off AG NU, 107 séance plénière, Doc NU AIRES/34/180 (1979) [CEDEF] article 14(2).

¹⁸¹ Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Forced Evictions*, Rés HCDH1997/6 au point 4.

¹⁸² Paglione, *supra* note 77 à la p 396.

¹⁸³ UA, *Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique*, Doc off OUA 1001 RTNU 45 [Convention de l'OUA] article V point 5.

fui leur pays parce que leur vie, leur sécurité ou leur liberté étaient menacées par une violence généralisée, une agression étrangère, des conflits internes, une violation massive des droits de l'homme ou d'autres circonstances ayant perturbé gravement l'ordre public¹⁸⁴ ». Elle aborde aussi la situation des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays, en exhortant les autorités nationales et les organisations internationales à leur fournir protection et assistance¹⁸⁵.

Au niveau européen, plusieurs directives ont été mises en place depuis 1999 entérinant les *acquis* en matière d'asile, obligeant notamment les États membres à adopter des lois pour la protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées à établir des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile et à définir les conditions pour accorder ou retirer le statut de réfugié¹⁸⁶. Par ailleurs la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales*, plus connue sous le nom de *Convention européenne des droits de l'homme*, indique dans son Protocole No.4 à Article 2 1) que « quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un état a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence¹⁸⁷ ». Conformément, l'Article 3 de cette convention interdit le déplacement forcé d'individus ou de populations d'individus et protège le droit d'entrée sur le territoire pour les citoyens¹⁸⁸. De même, le système interaméricain des droits humains aborde notamment la liberté de mouvement et de résidence par le biais de l'Article 22 de la *Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹⁸⁹.

Pour sa part, la *Convention de Kampala* établie en 2009 est le premier outil international contraignant qui engage des obligations positives de la part des États afin de prévenir les déplacements. Cette convention régionale africaine établit des obligations claires pour les États afin de prévenir le déplacement interne. Elle requiert des mesures positives pour éradiquer ou prévenir le déplacement en s'attaquant à ses racines¹⁹⁰, assurer le respect des obligations en vertu du DIH et du DIDH pour prévenir les déplacements¹⁹¹ et lutter contre l'exclusion et la marginalisation qui peuvent entraîner un déplacement¹⁹². Il est considéré qu'elle sert à la fois de cadre pour les droits de l'homme et d'outil humanitaire, établissant des normes

¹⁸⁴ *Déclaration de Carthagène*, *supra* note 137 au point 3.

¹⁸⁵ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 60.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 154 à l'article 2.

¹⁸⁸ *Ibid* à l'article 3.

¹⁸⁹ OÉA, *American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica" (B-32)*, Doc off OÉA 1144 RTNU 123 [Pacte de San José] à l'article 22.

¹⁹⁰ Union Africaine (UA), *Convention for the Protection and Assistance of Internally Displaced Persons in Africa*, adoptée le 23 octobre 2009 et entrée en vigueur le 6 décembre 2012 [Convention de Kampala] au para 6.

¹⁹¹ *Ibid* au para 9.

¹⁹² Mohee, *supra* note 132 à la p 122.

relatives à l'assistance des réfugiés et à leur protection contre les déplacements tout en réaffirmant les droits des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays à être protégés, notamment contre la discrimination¹⁹³. La doctrine de la responsabilité de l'État sert de cadre conceptuel central pour cette convention en affirmant que les États ont la responsabilité principale de protéger et d'assister les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays. Certaines de ces responsabilités sont toutefois considérées comme étant partagées avec des acteurs non étatiques, notamment en ce qui concerne la protection et l'assistance aux personnes déplacées, l'accès sans entrave à ces individus et le respect des droits humanitaires et des droits humains¹⁹⁴.

1.2.8.1 Jurisprudence en la matière

Cour européenne des droits de l'Homme

La décision *East African Asians v. United Kingdom* est une affaire emblématique qui illustre l'application du droit international en matière de retour des personnes déplacées. Cette affaire concerne le refus du gouvernement britannique de réadmettre des ressortissants asiatiques au Royaume-Uni après leur expulsion forcée d'Ouganda par le régime d'Idi Amin dans les années 1970. Ces individus, bien que résidant en Ouganda depuis des générations, étaient souvent détenteurs de passeports britanniques en raison de l'histoire coloniale de la région¹⁹⁵. La Commission européenne des droits de l'homme a été saisie de l'affaire par plusieurs des expulsés. Dans sa décision, la Commission a jugé que le refus du gouvernement britannique de réadmettre ses ressortissants asiatiques constituait une violation de l'interdiction de la discrimination raciale. La Commission a souligné que les actions du Royaume-Uni étaient contraires aux principes fondamentaux des droits de l'homme notamment en matière de dignité humaine et de protection contre les traitements dégradants¹⁹⁶. L'affaire *East African Asians v. United Kingdom* illustre la manière dont le droit international peut être utilisé pour protéger les droits des personnes déplacées et garantir leur retour en toute sécurité et dans la dignité.

¹⁹³ Allehone Mulugeta, Abebe, « The African Union Convention on Internally Displaced Persons: Its Codification Background, Scope, and Enforcement Challenges » (2020) 29:3 *Refugee Survey Quarterly* à la p 46.

¹⁹⁴ Allehone Mulugeta, *supra* note 189 à la p 49.

¹⁹⁵ Mohee, *supra* note 132 à la p 126.

¹⁹⁶ *Twenty-Five Applications v United Kingdom* (1973) 3 Comm Eur DH 76 [*East African Asians v United Kingdom*]: aux para 208-214.

Ensuite, l'affaire *Loizidou v. Turkey* de 1996 porte sur les événements survenus à Chypre en 1974, lorsque la Turquie a envahi le nord de l'île en réponse à un coup d'État soutenu par la Grèce. Cette invasion a entraîné le déplacement massif de populations chypriotes grecques et turques. À cet effet, la plaignante Titina Loizidou, une Chypriote grecque, a été expulsée de sa propriété située dans le nord de Chypre et s'est retrouvée déplacée à l'intérieur de son propre pays et privée de retourner à son foyer depuis 1974 par les forces turques positionnées à Chypre¹⁹⁷. La Cour a conclu que le refus d'accès à sa propriété depuis toutes ces années avait conduit la demanderesse à une perte effective de son contrôle ainsi que des « possibilités de l'utiliser et d'en jouir », ce qui constitue une violation de l'Article 1 du Protocole 1 de la CEDH¹⁹⁸ voulant que « toute personne physique ou morale ait droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »¹⁹⁹. Cette décision a ouvert la voie à de nombreuses plaintes relativement aux violences subies dans le nord du pays aux mains des soldats turcs et est considérée comme un précédent notable pouvant s'appliquer à tous les Chypriotes grecs ayant été déplacés de force durant le conflit²⁰⁰.

À cet effet, la décision *Cyprus v. Turkey* de 2001 concerne aussi les violations des droits de l'homme commises par la Turquie à Chypre alors que de nombreux Chypriotes grecs ont été expulsés de leurs foyers dans le nord de l'île et se sont retrouvés déplacés à l'intérieur de leur propre pays. En plus de noter une violation de l'article 1 du Protocole 1 comme dans l'affaire précédente, la Cour a jugé que l'opposition de la Turquie au rapatriement des personnes expulsées pendant le conflit constituait une violation de l'obligation de respecter la vie privée et familiale conformément à l'article 8 de la Convention²⁰¹. Cette décision est citée comme un exemple où la Commission européenne des droits de l'homme a reconnu l'obligation des États de permettre le retour des personnes déplacées « par des moyens effectifs »²⁰². Cette reconnaissance renforce l'idée que les États ont des obligations claires en matière de rapatriement des personnes déplacées.

¹⁹⁷ Smit, *supra* note 11 à la p 17.

¹⁹⁸ *Loizidou v. Turkey* (1996), 15318/89 Cour Eur DH aux para 62-63.

¹⁹⁹ Conseil de l'Europe, *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11* (1962), STE n° 009 à l'article 1.

²⁰⁰ Smit, *supra* note 11 à la p 18.

²⁰¹ Mohee, *supra* note 132 à la p 127.

²⁰² *Cyprus v Turkey* (1975), 18 Comm Eur DH 82 aux para 318-383.

Commission interaméricaine des droits de l'Homme

En 1984, la Commission publie le *Rapport sur la situation des droits de l'homme d'un segment de la population nicaraguayenne d'origine Miskito* qui aborde les conditions difficiles auxquelles les individus de ce peuple ont été confrontés, principalement la perte de leurs terres, la séparation des familles et les conditions de vie précaires dans les camps de réinstallation. Ces derniers ont été déplacés de force de leurs terres ancestrales dans le cadre des conflits armés et des politiques de réinstallation menées par le gouvernement nicaraguayen²⁰³. Dans cette affaire, la CIDH a affirmé que le droit d'entrée dans la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* nécessite de la part du Nicaragua qu'il permette le retour des individus de la population autochtone déplacés²⁰⁴. Le rapport a une importance juridique et morale, car il réaffirme le droit des populations déplacées de retourner sur leurs terres et de vivre en sécurité et dans la dignité. Les recommandations à l'État contenues dans la partie 3 B) articles 1, 2 et 3 de l'affaire font notamment écho à ce qui composera le second chapitre de cette recherche, soit la justice transitionnelle.

1.2.9 Résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU

Le Conseil de sécurité des Nations Unies s'est activement engagé dans des efforts pour prévenir les déplacements forcés en utilisant son autorité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies qui lui permet d'imposer des actions aux États lorsqu'il y a une menace pour la paix, une rupture de la paix ou des actes d'agression, et ce, dans le but de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationale²⁰⁵. À cet effet, le Conseil a émis plusieurs résolutions condamnant des cas spécifiques de déplacements forcés et a parfois pris des mesures pour obliger les États à cesser ces pratiques conformément aux obligations internationales. Cette attention croissante du SC souligne d'ailleurs la prise de conscience accrue de la communauté internationale sur la question des déplacements²⁰⁶. Bien que le Conseil de sécurité ne soit pas un organe législatif, ses actions, en particulier celles en vertu du Chapitre VII, font souvent référence au droit international afin de justifier ses interventions. Par ailleurs, les décisions du Conseil proviennent généralement de négociations et de consensus entre les États membres, ce qui confère une autorité

²⁰³ OÉA, Inter-Am Comm HR, *The Situation of People Of African Descent In The Americas* (2011), Doc off OÉA ser.L./V.II.62 point 3.

²⁰⁴ Mohee, *supra* note 132 à la p 126.

²⁰⁵ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7 à l'article 39.

²⁰⁶ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 64.

certaine à ses déclarations concernant les déplacements forcés, processus qui souligne notamment le poids politique et juridique des décisions du Conseil dans le traitement de ces questions²⁰⁷.

L'un des premiers exemples notables de cette attention concerne les résolutions prises par le Conseil relativement aux déportations de Palestiniens par Israël. D'abord, la Résolution 242 de 1967, qui, bien qu'axée sur le retrait des forces israéliennes des territoires occupés a eu des implications pour les déplacements forcés en appelant à une solution juste au problème des réfugiés. Plus tard, la Résolution 681 de 1990 a réitéré les préoccupations concernant les déportations de Palestiniens par Israël en réaffirmant l'applicabilité de la Quatrième Convention de Genève et en demandant l'arrêt des déplacements et déplorant²⁰⁸ « la décision prise par Israël, la puissance occupante, de procéder de nouveau à l'expulsion de civils palestiniens des territoires occupés »²⁰⁹.

De même, pour donner suite aux actions de l'Irak pendant la guerre du Golfe où des Koweïtiens ont été déplacés de force, le SC a émis des résolutions réitérant les obligations de l'Irak en vertu du droit international, notamment la Résolution 670 condamnant « les agissements des autorités et des forces d'occupation irakiennes consistant à prendre en otages des nationaux d'États tiers et à maltraiter et opprimer des nationaux koweïtiens et des nationaux d'États tiers²¹⁰ »²¹¹. Concernant l'Irak et son traitement des individus de la minorité kurde, la Résolution 688 du Conseil de sécurité de l'ONU a été adoptée le 5 avril 1991 face à la répression violente des Kurdes par le régime de Saddam Hussein en Irak après la guerre du Golfe. Cette résolution condamne les actes de répression qui ont entraîné un afflux massif de réfugiés et de personnes déplacées créant une crise humanitaire dans la région²¹² et exprime une grave préoccupation des membres du Conseil devant la situation des droits de l'homme en Irak tout en soulignant la nécessité de permettre un accès humanitaire immédiat aux populations affectées²¹³.

Toujours dans les années 90, le Conseil de sécurité a réagi aux campagnes de nettoyage ethnique dans l'ex-Yougoslavie en émettant plusieurs résolutions exhortant à mettre fin aux déplacements forcés,

²⁰⁷ *Ibid* à la p 66.

²⁰⁸ Dawson et Farber, *supra* note 86 aux pp 64-65.

²⁰⁹ *Resolution 681 on Palestinian civilians under Israeli occupation*, Rés CES, 2970e sess, Doc NU S_RES_681(1990) à l'article 3.

²¹⁰ *Resolution 670 on Irak and Koweit*, Rés CES, 2943e sess, Doc off NU S_RES_670 (1990).

²¹¹ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 65.

²¹² *Resolution 688 on repression of the Iraqi civilian population, including Kurds in Iraq*, Rés SC NU, 2982e sess, Doc off NU S_RES_688 (1991) au para 6.

²¹³ *Ibid*, Rés 3.

notamment la Résolution 819 qui stipule que « toute prise ou acquisition de territoire par la menace ou l'emploi de la force, en particulier par la pratique du “nettoyage ethnique” est illégale et inacceptable²¹⁴» ainsi que la Résolution 836 en 1993 qui traite également des déplacements forcés et des nettoyages ethniques en Bosnie-Herzégovine. Ces résolutions ont souligné la nécessité de protéger les civils et de permettre le retour des personnes déplacées. Cela a conduit à la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), une étape novatrice pour traiter des violations graves du droit humanitaire international, y compris les déplacements forcés. Le TPIY a joué un rôle significatif en poursuivant des dirigeants de haut niveau pour ces crimes, contribuant ainsi au cadre juridique entourant les déplacements forcés²¹⁵. Finalement, les résolutions adoptées par le SC de l'ONU témoignent de son rôle crucial dans la gestion des conflits de déplacement. Elles visent à condamner les pratiques de déplacement forcé, à protéger les droits des personnes déplacées et à faciliter leur retour en sécurité, tout en réaffirmant les obligations internationales des États impliqués.

1.3 L'émergence d'un droit de retour pour les réfugiés

Dans les sections précédentes, nous avons exploré ce que constituait un réfugié ainsi que les protections spécifiques aux déplacements et au retour qui leur sont accordés. De manière générale, la communauté internationale semble s'entendre sur l'idée que, le droit de ne pas être déplacé de force, est une norme majoritairement acceptée par les États. Si tel est le cas et que le droit de retour découle directement du principe que, si un individu a le droit de ne pas être expulsé, il doit donc avoir le droit de revenir²¹⁶, c'est au droit de retour que nous allons maintenant nous consacrer. Alors que peu de juristes remettent en question le fait que les réfugiés devraient avoir la possibilité de retourner dans leur pays d'origine une fois les hostilités terminées de manière stable, il n'existe pas d'obligation codifiée pour les pays de réadmettre leurs réfugiés. Le droit de retour n'est pas formulé de manière explicite dans les conventions internationales et le peu d'accords bilatéraux contraignants qui mentionnent ce droit le font sans référence à une norme conventionnelle²¹⁷.

²¹⁴ *Resolution 819 demanding that Srebrenica and the surrounding areas, Bosnia and Herzegovina be treated as a safe area*, Rés CES, 3199^e sess, Doc off NU S_RES_819 (1993) au para 6.

²¹⁵ Dawson et Farber, *supra* note 86 à la p 65.

²¹⁶ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 39-44.

²¹⁷ Vic Ullom, « *Voluntary Repatriation of Refugees and Customary International Law* » (2001) 29:2 *Denver Journal of International Law and Policy* à la p 116.

1.3.1 Le droit de retour pour les individus et les groupes d'individus

Bien qu'il soit considéré comme un droit universel, le droit de retour appartient en réalité aux droits collectifs et s'applique à des groupes spécifiques dans des espaces particuliers, ce qui crée une tension avec les droits de souveraineté et d'autodétermination, car les États ont la responsabilité de maintenir leur sécurité, leur stabilité et leur composition démographique. D'une part, le retour implique que les individus ou les groupes déplacés puissent revenir dans leur pays ou région d'origine, ce qui peut entrer en conflit avec le désir d'un État de maintenir sa composition démographique actuelle. D'autre part, un groupe déplacé revenant en grand nombre peut paraître comme influençant les décisions politiques et le processus d'autodétermination de l'État et potentiellement modifier l'équilibre des pouvoirs internes. En tant qu'entité chargée de ses autres devoirs, l'État doit souvent arbitrer entre permettre le retour d'un groupe et protéger ses propres intérêts nationaux, puisque le retour d'un groupe peut être perçu comme une menace à la stabilité démographique et politique, ce qui pousse les États à résister à la mise en œuvre du droit de retour. Comme vu précédemment, cette résistance est souvent justifiée par des préoccupations de sécurité et de maintien de l'ordre, et ce, malgré l'émergence d'un droit de retour pour les réfugiés et personnes déplacées²¹⁸.

1.3.1.1 En vertu du droit de la nationalité

Le droit individuel au retour selon le droit de la nationalité est fondé sur le lien juridique qu'une personne entretient avec son territoire d'origine exprimé par la notion de nationalité. Ce droit implique que l'État doit admettre un ressortissant qui se trouve à l'étranger et qui cherche à entrer sur son territoire, et ce, même s'il a perdu sa nationalité de manière arbitraire, a été dénationalisé ou n'a jamais mis les pieds sur son territoire²¹⁹. Un État peut limiter le séjour d'un étranger et a d'ailleurs l'assurance de pouvoir le faire uniquement parce que l'État de nationalité de l'étranger est dans l'obligation de le réadmettre puisqu'il s'agit d'« un devoir inhérent des États découlant de la conception de la nationalité ²²⁰» d'ailleurs considéré comme une norme²²¹.

²¹⁸ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 222-223.

²¹⁹ John Quigley, « Mass Displacement and the Individual Right of Return » (1997) 68 *British Year Book on International Law* à la p 67.

²²⁰ Weis, Paul, *Nationality and Statelessness in International Law*, Leiden, Sijthoff & Noordhoff, 1979 à la p 47.

²²¹ Quigley, *supra* note 215 à la p 74.

Du point de vue du droit de la nationalité, un État où séjourne un étranger a la possibilité de ne pas se prévaloir de l'obligation de réadmission par l'État de nationalité. Néanmoins, il est crucial de distinguer cela du droit individuel : le droit de la nationalité ne garantit pas en soi l'admission automatique dans son propre pays. C'est dans le cadre des droits de l'homme que ce droit d'entrée est reconnu comme un droit personnel fondamental.

En effet, la nationalité confère intrinsèquement le droit de résider sur le territoire de l'État concerné. Logiquement, ce droit serait dénué de sens si un État saurait retirer la nationalité d'une personne et, sur cette base, lui interdire l'accès à son propre pays.²²² Du point de vue du droit de la nationalité, un État où séjourne un étranger a la possibilité de ne pas se prévaloir de l'obligation de réadmission par l'État de nationalité. Néanmoins, il est crucial de distinguer cela du droit individuel : le droit de la nationalité ne garantit pas en soi l'admission automatique dans son propre pays. C'est dans le cadre des droits de l'homme que ce droit d'entrée est reconnu comme un droit personnel fondamental²²³. L'idée centrale est que le droit international empêche un État de révoquer la nationalité d'un individu pour éviter son obligation de l'admettre. En effet, cela violerait les droits d'autres États d'expulser des individus qui ne sont pas acceptés ailleurs. Par conséquent, un État ne peut pas révoquer la nationalité comme moyen de refuser l'entrée²²⁴.

1.3.1.2 Dans le droit international des droits humains

Bien que les instances onusiennes n'aient pas toujours clarifié si leurs actions reposaient sur le droit des droits de l'homme ou le droit humanitaire, le langage employé dans les instruments onusiens suggère que les appels au retour s'appuient sur la reconnaissance d'une obligation juridique internationale de rapatriement. Malgré la nature non contraignante de plusieurs conventions et normes internationales et le vocabulaire y étant associé, et les travaux des dernières décennies, ont engendré une évolution notable où le terme « obligation » s'est progressivement intégré dans de nombreuses résolutions concernant le rapatriement²²⁵. Dans cette optique, de nombreuses conventions régionales sur les droits de l'homme garantissent le droit des citoyens de retourner dans leur pays, sans toutefois spécifier de conditions particulières pour les réfugiés. Bien que ces textes permettent des dérogations en cas de situation

²²² *Ibid* à la p 67.

²²³ *Ibid* à la p 68.

²²⁴ Quigley, *supra* note 215 à la p 74.

²²⁵ Ullom, *supra* note 213 à la p 124.

d'urgence, ce qui peut affaiblir leur portée, l'obligation demeure claire en l'absence de telles circonstances²²⁶. Au niveau universel, la DUDH et le PIDCP affirment également le droit aux individus de retourner chez eux en interdisant toute privation arbitraire du droit de retourner dans son pays.

Bien que la *Convention relative au statut des apatrides* de 1954 ne fasse pas référence aux termes « réfugié », « retour » ou « rapatriement », elle impose néanmoins des obligations significatives à ces États signataires concernant la perte de nationalité²²⁷ et, par conséquent, le droit d'entrée. Ainsi, l'Article 7 a été interprété comme interdisant à un pays de « déclarer unilatéralement que leurs ressortissants réfugiés vivant à l'étranger ne sont plus leurs citoyens, sauf si ces derniers ont acquis la citoyenneté d'un autre pays ». Cette interdiction n'étant pas absolue, les exceptions à cette règle sont considérées par plusieurs juristes comme étant « suffisamment restreintes pour renforcer la règle »²²⁸.

Dans le contexte du DIDH, le droit d'entrée pour les ressortissants ne dépend pas uniquement des dispositions spécifiques des traités concernant l'entrée. Par exemple, dans l'affaire *East African Asians v. United Kingdom* présentée plus haut, les demandeurs cherchaient à entrer au Royaume-Uni sur la base du Protocole No.4 de la Convention européenne. Bien que l'État en question n'eût pas ratifié le document ce qui rendait la demande invalide, la Cour a reconnu un droit d'admission pour les ressortissants basé sur d'autres dispositions de la Convention européenne sur la base de la protection contre les traitements dégradants, la sécurité de la personne et l'interdiction de la discrimination ethnique. Cela démontre que même lorsque les droits d'entrée spécifiques ne sont pas directement applicables, d'autres protections des droits de l'homme peuvent soutenir le droit des ressortissants d'entrer dans leur pays²²⁹.

1.3.1.3 Dans le droit international humanitaire

En ce qui a trait au droit de retour dans le DIH, les dispositions de la *Convention de La Haye sur les lois et coutumes de la guerre sur terre* établissent des normes protégeant les habitants des territoires occupés et sont largement considérées comme faisant partie du droit international coutumier. Par exemple, l'Article 43 des Règlements de La Haye exige qu'un occupant belligérant maintienne la « vie publique » du territoire occupé, soit qu'il préserve le statu quo social et juridique autant que possible, permettant à la

²²⁶ *Ibid* à la p 123.

²²⁷ HCR, *Convention relative au statut des apatrides de 1954*, Doc off NU, en ligne : < https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/Convention-relative-au-statut-des-apatrides_1954.pdf >.

²²⁸ Ullom, *supra* note 213 à la p 120.

²²⁹ Quigley, *supra* note 215 aux pp 69-70.

population locale de continuer sa vie quotidienne avec un minimum d'interférences²³⁰. Cette disposition souligne la responsabilité de la puissance occupante de respecter les structures sociales et les systèmes juridiques existants, en intervenant uniquement si nécessaire pour maintenir l'occupation²³¹.

Ensuite, la Quatrième Convention de Genève qui vise à protéger les civils pendant les conflits armés précise, dans son Article 134, que « les Hautes Parties contractantes s'efforceront, à la fin des hostilités ou de l'occupation, d'assurer le retour de tous les internés à leur dernière résidence, ou de faciliter leur rapatriement »²³². Ce passage engage les parties à « s'efforcer d'assurer le retour », et, bien que cela puisse être interprété comme une obligation de rapatriement à la fin de la guerre, une telle interprétation soulève des questions de refoulement²³³, alors que nous avons déjà abordé son interdiction comme étant un principe relevant du *jus cogens*. Puisqu'il n'existe pas de distinction faite entre les pays d'accueil et les pays de rapatriement dans la Convention, il est considéré que cette obligation s'applique à toutes les parties concernées²³⁴. De plus, l'article 4 conclut que toutes « personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes » sont protégées en vertu de ce traité²³⁵. Cette disposition empêche un État de se retirer de la Convention tant que toutes les opérations de rapatriement pour les personnes protégées ne sont pas terminées et suggère que les individus en dehors d'un territoire occupé, mais ayant le droit d'y résider sont considérés comme des « personnes protégées » et ont donc le droit d'y revenir²³⁶.

En conclusion, le droit de retour pour les individus est un principe fondamental ancré dans le droit de la nationalité, le DIDH et le DIH. En vertu du droit de la nationalité, un État est tenu d'admettre ses ressortissants même s'ils ont perdu leur nationalité de manière arbitraire. Ce droit est renforcé par les principes des droits de l'homme, qui interdisent la privation arbitraire de la nationalité et garantissent le droit de retour, notamment en interdisant les discriminations raciales ou ethniques. Le DIH, à travers des instruments comme la Convention de La Haye et la Quatrième Convention de Genève, protège également

²³⁰ Second International Peace Conference, The Hague, *Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land*, International Conferences (The Hague) 36 Stat. 2277 (1907) [Hague Regulations] à l'article 43.

²³¹ Quigley, *supra* note 215 aux pp 70-71.

²³² *Quatrième Convention de Genève*, *supra* note 105 à l'article 134.

²³³ Ullom, *supra* note 213 à la p 123.

²³⁴ *Ibid* à la p 124.

²³⁵ *Quatrième Convention de Genève*, *supra* note 105 à l'article 4.

²³⁶ Quigley, *supra* note 215 à la p 71.

ce droit en exigeant le maintien de la vie publique dans les territoires occupés et en garantissant le rapatriement des personnes protégées. Ainsi, le droit de retour est un droit complexe, mais essentiel, soutenu par divers cadres juridiques internationaux, qui assure aux individus le droit de revenir dans leur pays d'origine, même dans des contextes de conflit ou d'occupation.

En effet, le droit de retour pour les réfugiés est un concept complexe et évolutif ancré dans le DIH et le DIDH. Historiquement, bien que des efforts aient été faits pour protéger les réfugiés, les politiques d'expulsion ont souvent prévalu, justifiées par des raisons de sécurité nationale. Cependant, l'évolution des conventions internationales a permis de renforcer les protections contre les déplacements forcés, reconnaissant ces actes comme des crimes de guerre et, dans certains cas, de génocide. Les instruments régionaux et les résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU ont également joué un rôle crucial en établissant des obligations claires pour les États, visant à garantir la sécurité et la dignité des personnes déplacées. La jurisprudence, à travers des affaires emblématiques, a contribué à affirmer le droit de retour et à condamner les pratiques discriminatoires. Ainsi, bien que des défis subsistent, le cadre juridique actuel offre une base solide pour la protection des réfugiés.

CHAPITRE 2

LA JUSTICE TRANSITIONNELLE SENSIBLE AU GENRE ET LE DROIT DE RETOUR

Ce chapitre explore le concept de justice transitionnelle et ses implications pour les femmes dans les contextes post-conflit. La JT se veut un ensemble de mesures visant à traiter les héritages des violations massives des droits humains survenues lors de conflits armés ou sous des régimes autoritaires, et dont les objectifs sont la reconnaissance, la confiance civique, la réconciliation et la promotion de la démocratie qui s'articulent autour de 4 piliers principaux : la vérité, la justice, les réparations et les garanties de non-répétition. S'il fait aujourd'hui parti intégrante du langage courant en droit international, le concept de justice transitionnelle a nettement évolué depuis son introduction officielle en suivant la ligne critique des théories féministes des années 90, qui ont d'ailleurs joué un rôle crucial dans l'intégration de la perspective de genre jusqu'à l'état actuel du concept.

Toutefois, de nombreux défis liés à l'inclusion des femmes dans les processus de JT perdurent, notamment leur sous-représentation dans les processus décisionnels, la tendance à ne pas reconnaître les violations spécifiques auxquelles elles sont confrontées, et le manque de prise en compte de leurs besoins et de leurs priorités dans les contextes d'après-conflit. Cela résulte en un impact disproportionné des conflits sur les femmes, en particulier en ce qui concerne les déplacements forcés, les violences sexuelles, les difficultés d'accès à la justice et aux réparations, et leur marginalisation dans les processus de reconstruction.

Cette portion du document aborde ensuite le rôle des commissions vérité et réconciliation, les limites des approches basées sur le droit pénal, et la nécessité d'élargir la définition des "préjudices" pour mieux comprendre les expériences des femmes dans les conflits et cerner les limites structurelles à leur intégration, afin de mieux comprendre le contexte global entourant leur retour à leur foyer d'origine. À cet effet, le chapitre traite de la restitution comme une forme de réparation pour les violations graves des droits humains, en analysant l'impact des Principes de Pinheiro sur le droit de retour et le droit à la restitution des biens. Il met en lumière les défis et les limites de ces principes en ce qui concerne leur application pratique, en particulier dans les contextes où les systèmes fonciers sont différents et où les déplacements forcés concernent plusieurs pays. L'objectif global du document est de mettre en lumière la nécessité d'une approche sensible au genre dans la justice transitionnelle, afin de garantir un retour juste et durable pour les femmes dans les contextes post-conflit.

2.1 La justice transitionnelle : définitions et objectifs

La justice transitionnelle se différencie du mouvement des droits humains par ses fondations intellectuelles. Elle repose sur des principes éthiques définissant le bien et le mal, ainsi que sur des interprétations des relations de cause à effet qui sont légitimées par des élites reconnues. Tandis que le mouvement des droits humains se concentre principalement sur l'avancement des normes, la JT a également pour objectif de structurer la connaissance des liens entre les actions de justice et les dynamiques de transition²³⁷. Elle se définit comme un « ensemble des mesures mises en œuvre dans divers pays pour traiter les héritages des violations massives des droits humains »²³⁸ survenues lors de conflits armés et sous des régimes autoritaires, et :

englobe les tentatives de guérir les divisions au sein de la société résultant des violations des droits de l'homme et de la violence, permettant la “divulgence de la vérité” afin que les individus et la société dans son ensemble puissent tourner la page, assurant la justice aux victimes et responsabilisant les auteurs de ces actes, créant un enregistrement historique précis des événements, rétablissant l'état de droit, réformant les institutions dans le but de prévenir les violations des droits de l'homme et promouvant la coexistence et une paix durable²³⁹.

Les objectifs et les mesures de la justice transitionnelle sont donc multiples et peuvent, ou non, être de nature judiciaire²⁴⁰. On considère aussi que ces mesures visent à donner force aux normes des droits humains qui ont été systématiquement violées²⁴¹. À cet effet, Ruti Teitel avance que la JT opère comme un cadre qui intègre politique et droit afin de relever le défi de reconstruire de manière solide une société ébranlée par l'instabilité sur divers plans²⁴². Notamment, elle soutient :

[Qu'] un paradigme de jurisprudence transitionnelle définit les périodes de passage politique. Le paradigme transitionnel proposé ici vise à clarifier la relation du droit au développement politique durant des périodes de transformation radicale, car il met en lumière des processus qui reconstituent les sociétés sur la base d'une libéralisation politique. Qu'il s'agisse de procès, de constitutions, de réparations, de tests administratifs, d'interdictions ou d'enquêtes historiques, les mesures légales entreprises durant les transitions politiques sont

²³⁷ Arthur, *supra* note 127 à la p 358.

²³⁸ De Greiff, « Theorizing Transitional Justice » *supra* note 26 à la p 34.

²³⁹ Naraghi-Anderlini, Sanam, « Women and Peace through Justice » (2005) 48:3 Development à la p 104.

²⁴⁰ *Ibid supra* note 235 à la p 104.

²⁴¹ Duthie, *supra* note 27 à la p 243.

²⁴² Martha Albertson Fineman et Estelle Zinsstag, *Perspectives on Transitional Justice : From International and Criminal to Alternative Forms of Justice*, Bruxelles, Intersentia, 2013 à la p 1.

emblématiques d'un changement normatif, car toutes sont des actes opératoires qui visent à proclamer l'établissement d'un nouvel ordre politique²⁴³.

Un tel processus nécessite des changements qui semblent à même d'assurer la participation active des femmes dans ces mesures par le biais de nouvelles normes démocratiques²⁴⁴. Une mesure en contexte de justice transitionnelle peut d'ailleurs prendre plusieurs formes, notamment la poursuite devant les tribunaux des auteurs des violations, les stratégies de recherche et de rétablissement de la vérité, les réparations collectives et individuelles ainsi que les réformes institutionnelles²⁴⁵. Ces approches permettent de concevoir des politiques pour répondre au déplacement, notamment le « retour juste » qui assure l'égalité des droits et la normalisation des relations entre l'État et les citoyens de retour, et les « solutions durables » pour les déplacés (rapatriement volontaire, intégration locale, réinstallation). La pérennité de ces solutions au déplacement arbitraire repose sur trois éléments fondamentaux : une sécurité à long terme, la restitution ou la compensation des biens perdus, et un environnement économique et social stable²⁴⁶.

Le terme réparations est lié à la recherche de justice pour les victimes par le biais d'institutions judiciaires et se reflète par différentes mesures telles que la restitution, l'indemnisation et la réhabilitation. Dans le contexte de la conception de programmes de réparations à échelle humaine, il doit prendre une signification politique plus large qui vise la reconstitution ou à l'établissement d'une nouvelle communauté politique²⁴⁷. En effet, le système tel que conçu prend l'hypothèse dans l'idée que les comportements contraires aux normes sont individuels et de nature exceptionnelle, ce qui le rend incompétent à traiter les violences systématiques et massives qui nécessitent la mise en place de justice de transition. L'individualisation des réparations par le biais d'une procédure au cas par cas dans un contexte de violations massives de droits humains est inadaptée et peut entraîner un accès inégal à la justice, des récompenses et des mesures variables ainsi qu'une hiérarchie potentielle des victimes. L'application des normes juridiques devient ainsi problématique lorsqu'il s'agit de traiter des abus étendus nécessitant une approche collective pour reconstruire la société²⁴⁸.

²⁴³ Ruti G Teitel, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997 à la p 223.

²⁴⁴ Fineman et Zinsstag, *supra* note 238 à la p 1.

²⁴⁵ Mansfield, *supra* note 61 à la p 402.

²⁴⁶ Duthie, *supra* note 27 à la p 255.

²⁴⁷ Pablo De Greiff, *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006 à la p 455.

²⁴⁸ *Ibid* aux pp 458-459.

Bien que chaque mesure de justice transitionnelle ait des objectifs spécifiques, on les considère ici comme visant deux buts principaux : la reconnaissance des individus en tant que citoyens égaux à travers des efforts institutionnels, et la promotion de la confiance civique. Cette confiance s'accroît lorsque l'État, malgré des ressources limitées, investit dans des programmes pour les populations précédemment marginalisées. Si la reconnaissance et la confiance sont des prérequis à la justice, elles en sont également des conséquences, car un système juridique fonctionnel étend la reconnaissance. Un système judiciaire viable nécessite d'ailleurs un minimum de confiance civique et de reconnaissance mutuelle. Ainsi, en visant la reconnaissance et la confiance civique, les mesures de JT contribuent également à la réconciliation, l'un des objectifs à long terme, puisque « la réconciliation peut être comprise en termes de monnaie d'échange des normes sur lesquelles la reconnaissance et la confiance se fondent »²⁴⁹.

Le second et dernier objectif à long terme de la JT réside dans la promotion de la démocratie. En effet, pour que la JT trace la ligne entre le passé étatique marqué par les abus et les violations et un futur régime respectueux des droits humains, il doit y avoir une réelle transformation politique et non pas seulement un redressement des injustices sans quoi les mesures seront inefficaces²⁵⁰. Comme il n'existe pas de frontière claire entre les périodes ordinaires et transitoires, la quête de justice durant les périodes de transition se distingue par l'État de droit associé à des conditions limitées de flux politique. Ce dernier est d'ailleurs déterminé par deux éléments, soit le contexte de la transition, soit les « circonstances liées aux conditions politiques et juridiques associées aux périodes de changement politique » ainsi que les autres facteurs en lien avec le contexte local. Tel qu'avancé par Teitel :

Les périodes de transition, en fonction des conditions politiques et juridiques de la société concernée, se situent quelque part le long du continuum des démocraties établies par l'État de droit. Cette observation devrait avoir des implications pour l'élan visant à ancrer toute forme particulière de règle de droit transitoire. Dans une certaine mesure, les dilemmes de la justice transitionnelle dans ses phases contemporaines soulèvent des questions qui résonnent plus généralement avec les efforts pour établir l'État de droit dans un monde en voie de mondialisation. Cela inclut la manière de façonner les réformes juridiques et les projets de justice à la lumière de l'interdépendance mondiale croissante, et dans quelle mesure il convient d'adapter les structures locales aux forces extérieures²⁵¹.

²⁴⁹ De Greiff, « Theorizing Transitional Justice » *supra* note 26 aux pp 43-51.

²⁵⁰ *Ibid* à la p 55.

²⁵¹ Teitel, Ruti G., « Transitional Justice Genealogy (Symposium: Human Rights in Transition) » (2003) 16 Harv. Hum. Rts. J à la p 93.

À cet effet, une analyse généalogique met en évidence comment les conditions juridiques et politiques pendant les périodes de transformation politique influencent la conception de la justice transitionnelle, et « permet de s'éloigner des approches essentialistes et de mettre en lumière la relation dynamique entre la justice transitionnelle et la politique au fil du temps »²⁵².

La justice de transition est étroitement liée à la démocratie libérale, car elle est souvent mise en œuvre par des « démocraties émergentes » qui cherchent à se réconcilier avec les anciens régimes autoritaires et les mesures qui y sont associées sont conçues pour équilibrer la justice et l'intégration des victimes dans une société post-conflit²⁵³. La JT est généralement perçue comme légitime lorsqu'elle est initiée par une entité démocratique, et cette légitimité découle de son objectif normatif de renforcer la démocratie, ce qui éclaire le contexte et la forme de son émergence historique²⁵⁴.

Le lien entre justice transitionnelle et démocratie s'illustre notamment dans la capacité accrue de la société civile à s'organiser et à plaider pour l'intégration de mécanismes tels que les commissions de vérité et les réparations dans le programme politique. À cet effet, les objectifs de la JT peuvent et doivent être interprétés à la fois comme des fondations et des conséquences de la tentative de donner une expression tangible à la notion nécessairement plus abstraite de justice via des systèmes juridiques. Pour être légitimement perçus comme des mesures de justice, ces objectifs doivent être coordonnés et communiquer l'idée d'une action continue et concertée visant à restaurer ou renforcer les normes fondamentales²⁵⁵.

2.2 Émergence du concept

Il est considéré que les origines de la justice transitionnelle remontent à la fin de la Grande Guerre. Alors que l'Allemagne a été pointée du doigt comme responsable du conflit, les procès nationaux qui ont suivi n'ont pas eu l'effet dissuasif escompté. De surcroît, les sanctions collectives infligées à l'Allemagne après la Première Guerre mondiale ont été reconnues comme une source de frustration économique et de ressentiment ayant contribué au rôle de l'Allemagne dans la Seconde Guerre mondiale²⁵⁶. Cette guerre a d'ailleurs engendré un déplacement de la justice nationale vers une justice internationale,

²⁵² *Ibid* à la p 94.

²⁵³ Arthur, *supra* note 127 à la p 331.

²⁵⁴ *Ibid* à la p 334.

²⁵⁵ De Greiff, « Theorizing Transitional Justice » *supra* note 26 aux pp 39-56.

²⁵⁶ Teitel, *supra* note 247 à la p 70.

majoritairement dans le but de légitimer l'intervention alliée d'une part, et de garantir l'état de droit à travers une politique internationaliste de l'autre²⁵⁷. Comme mentionné dans le chapitre précédent, les procès de Nuremberg ont constitué un tournant majeur dans le droit international en introduisant notamment les déplacements forcés comme des crimes de guerre. La décennie d'après-guerre s'est caractérisée par une reconnaissance d'une responsabilité internationale pour les abus en temps de guerre intégrée dans des conventions internationales telles que la Convention sur le génocide²⁵⁸.

Le contexte particulier de la Guerre froide a entraîné, dans un premier temps, la mise en place de régimes autoritaires qui s'est suivi d'une phase de libéralisation pour de nombreux États à débiter par l'Amérique du Sud vers la fin des années 1970, jusqu'à la chute et à l'éclatement de l'empire soviétique. Bien que ces évolutions régionales soient souvent perçues comme indépendantes, une perspective généalogique révèle les liens entre ces transitions politiques et montre comment de nombreux conflits locaux ont été alimentés par le bipolarisme entre les États-Unis et l'URSS²⁵⁹. C'est à cette époque que le terme « justice transitionnelle » a d'ailleurs fait son apparition. Celui-ci visait initialement à traiter des violations des droits civils et politiques lors des transitions démocratiques en Amérique latine et en Europe de l'Est, et depuis, son application s'est élargie à des contextes post-conflit en incluant des situations de déplacement massif de populations²⁶⁰. Comme son nom l'indique, la JT est « à la fois une justice avec un but politique instrumental (pour effectuer la transition) et une forme différenciée de justice pour une période particulière et limitée dans le temps »²⁶¹.

Avec l'émergence de nouveaux régimes, la justice de transition a d'abord servi à accroître la légitimité de ces derniers, ce qui a conduit à des politiques de justice guidées par des considérations pratiques plutôt que par des idéaux stricts de justice. Cette approche a reconnu que la justice, dans des circonstances politiques extraordinaires, devait être déterminée en fonction des réalités transitionnelles spécifiques de chaque contexte, ce qui a donné lieu à l'émergence de multiples conceptions de la justice adaptées aux besoins et aux contraintes de chaque situation politique²⁶².

²⁵⁷ *Ibid* à la p 73.

²⁵⁸ Teitel, «Transitional Justice Genealogy» *supra* note 247 à la p 74.

²⁵⁹ *Ibid* à la p 75.

²⁶⁰ Duthie, *supra* note 27 à la p 243.

²⁶¹ Christine Bell et Catherine O'Rourke, «Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay»(2007) 1:1 International Journal of Transitional Justice à la p 23.

²⁶² Teitel, «Transitional Justice Genealogy» *supra* note 247 aux pp 76-77.

Durant cette période, la justice transitionnelle s'est éloignée de la justice pénale internationale ayant caractérisé la première moitié du 20^e siècle et a intégré la rhétorique des droits humains du modèle d'après-guerre dans une approche plus large et restaurative par le biais des commissions de vérité. La prédominance de l'approche restaurative aux violations des droits humains a donné lieu à une conception plus communautaire de la justice, soit celle de préserver la paix plutôt que de réaliser un projet de justice sociale à plus grande échelle. Si les commissions de vérité ont obtenu un certain succès dans les pays d'Amérique latine, elles ont suscité moins d'intérêt en Europe postcommuniste où l'utilisation de l'histoire par les gouvernements était elle-même une dimension destructrice de la répression communiste. La recherche de la vérité et de la justice s'est faite, dans ces régions, par l'accès aux archives plutôt que via la création d'un narratif national²⁶³. Par conséquent, la catégorie de la JT s'est élargie en intégrant des objectifs de réconciliation et de paix à sa quête de justice. Ce changement a également reflété une tentative de représenter les conflits en termes intemporels et universels, élargissant ainsi la portée et l'application de la JT au-delà des cadres juridiques traditionnels. Cette évolution montre les implications normatives du discours de justice influençant la légitimité des réponses et leur capacité à contribuer à la résolution des conflits, à la démocratie et à la construction nationale²⁶⁴.

Au cours des années 1990, les féministes ont mené une campagne internationale pour lutter contre l'impunité des crimes commis contre les femmes en mettant en évidence l'étendue et la nature systématique de ces violences dans les conflits armés. D'abord, le plaidoyer visait à ce que les violences sexuelles infligées aux femmes pendant les conflits soient considérées comme des crimes de guerre majeurs. Ensuite, les féministes militaient pour améliorer l'application des normes juridiques en poursuivant les auteurs de ces crimes et pour modifier les procédures judiciaires de manière à éviter que les survivantes de violence sexuelle ne soient à nouveau victimisées lors des procès. Cela a d'ailleurs conduit à l'adoption de mesures spécifiques pour soutenir les survivantes et les témoins, comme la création d'unités spéciales de counseling et de soutien²⁶⁵. Le Statut de Rome de la CPI a codifié ces développements en reconnaissant explicitement le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse et la stérilisation, ainsi que d'autres formes de violence sexuelle, comme crimes contre l'humanité et comme crimes de guerre²⁶⁶.

²⁶³ *Ibid* aux pp 78-79.

²⁶⁴ *Ibid* aux pp 82-83.

²⁶⁵ Bell et O'Rourke, «Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice» *supra* note 257 à la p 26.

²⁶⁶ NU, Conférence Diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, Doc Off NU A/CONF.183/9 (1998) [Statut de Rome] aux articles 7 et 8.

2.3 Le genre dans la justice transitionnelle : l'apport des théories féministes

Construire un récit féministe de la justice transitionnelle comporte certaines difficultés qui sont enracinées dans plusieurs problématiques conceptuelles et pratiques. L'une des principales difficultés est la conceptualisation du « de » et du « vers » de la JT. En d'autres termes, il s'agit de comprendre le point de départ et le point d'arrivée de la JT, ce qui est souvent problématique. Cette conceptualisation est souvent liée à la rationalisation du « justice gap » de Gray, soit à l'écart entre les idéaux de justice et la réalité des compromis souvent nécessaires dans les contextes de transition²⁶⁷. Plutôt que de remodeler fondamentalement les mécanismes de justice transitionnelle pour mieux inclure et répondre aux besoins des femmes, les théories féministes risquent de se contenter de critiquer les insuffisances sans parvenir à les corriger « relayant la théorie féministe à un rôle de commentaire et de critique plutôt que de transformation »²⁶⁸.

De plus, les transitions politiques sont souvent perçues comme des phénomènes publics, ignorant l'impact sur les sphères privées, telles que la famille et la reproduction, où les femmes sont souvent les plus affectées. À cet égard, les féministes soulignent que la violence contre les femmes tend à changer de forme plutôt que de prévalence après la transition, ce qui nécessite une attention particulière pour garantir que les gains matériels pour les femmes soient sécurisés pendant ces périodes de transition²⁶⁹. En effet, malgré les changements temporaires induits par le conflit, tels qu'une implication plus accrue des femmes dans la sphère du travail rémunéré, le retour à la vie « normale » s'accompagne souvent d'un cantonnement aux rôles traditionnels de genre qui confinent les femmes à la sphère domestique et perpétuent les inégalités structurelles qui limitent leur participation aux sphères sociales, économiques et politiques de la transition²⁷⁰.

L'analyse de la justice de transition nous force donc à constater que tant dans sa composition que dans son application, le domaine reste majoritairement masculin et les femmes en tant qu'objet de justice se voient souvent reléguées au rôle de « victime », ce qui « soulève des contradictions et des tensions qui renforcent les stéréotypes de fragilité féminine et de besoin de protection ». Pourtant, une plus grande

²⁶⁷ Sara Ahmed, *Differences that Matter: Feminist Theory and Postmodernism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 à la p 15.

²⁶⁸ Bell et O'Rourke, « Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice » *supra* note 257 à la p 42.

²⁶⁹ *Ibid* à la p 43.

²⁷⁰ Sanne Weber, «From Victims and Mothers to Citizens: Gender-Just Transformative Reparations and the Need for Public and Private Transitions» (2018) 12 *International Journal of Transitional Justice* à la p 102.

présence et une participation féminine aux divers mécanismes permettent d'offrir aux femmes des rôles de « figures politiques et catalyseurs de changement »²⁷¹. À cet effet, les interventions féministes dans le domaine visent majoritairement à « remédier au manque historique de reconnaissance de l'expérience des femmes dans les conflits armés et au manque concomitant de responsabilité pour les violations des droits humains commises contre les femmes dans de tels contextes²⁷²».

À la base de ces exclusions visibles se trouve le vocabulaire même de la justice transitionnelle qui invisibilise les femmes²⁷³. Ces dernières sont souvent marginalisées en raison de principes et de règles qui, bien que présentées comme neutres, ont des effets différents selon les genres. L'omission d'une perspective de genre s'explique par la vision étroite des préjudices causés par les conflits qui se concentre principalement sur les pertes en vies humaines et néglige les dommages socio-économiques et relationnels subis par les survivants²⁷⁴. L'omission d'une perspective de genre est également liée à un « excès de légalisme » qui met l'accent sur les victimes et les auteurs individuels de violations et crée des lacunes dans la pratique de la JT, notamment en ce qui concerne les impacts socio-économiques ressentis par les familles et les communautés. En outre, les décisions concernant la JT donnent généralement la priorité au conflit central et à ses acteurs principaux ce qui tend à exclure d'autres points de vue et acteurs pourtant nécessaires à la résolution, notamment les femmes²⁷⁵.

Afin de constituer une solution durable aux déplacements arbitraires, les efforts de reconstruction et de consolidation devront viser à réformer la législature de manière à respecter les normes internationales²⁷⁶, particulièrement afin d'assurer l'égalité des genres. Pour les chercheuses et juristes féministes, Conaghan identifie d'ailleurs trois objectifs communs qui guident leur méthodologie :

Premièrement, les chercheuses féministes en droit cherchent à mettre en évidence et à explorer le contenu genré du droit pour examiner les caractérisations qui se posent comme neutres et plus spécifiquement, non genrées. Deuxièmement, elles font partie d'un effort féministe interdisciplinaire pour remettre en question les compréhensions traditionnelles de

²⁷¹ Fionnuala Ní Aoláin, « Advancing Feminist Positioning in the Field of Transitional Justice » (2012) 6:2 International Journal of Transitional Justice à la p 209.

²⁷² Vesuki Nesiah, « Feminist Interventions : Human Rights, Armed Conflict and International Law » (2009) 103 ASIL à la p 67.

²⁷³ Hilary Charlesworth, « Feminist Methods in International Law » (1999) 93 AJIL à la p 381.

²⁷⁴ Fionnuala Ní Aoláin and Catherine Turner, « Gender, Truth and Transition » (2007) 16 UCLA Women's LJ à la p 229.

²⁷⁵ Catherine O'Rourke, « Transitional Justice and Gender » dans Cheryl Lawther et Luke Moffett, *Research handbook on Transitional Justice*, Research Handbooks in International Law series 2nd ed., UK, Edward Elgar Publishing, 2017 à la p 4.

²⁷⁶ Leckie et Huggins *supra* note 12 à la p 6.

l'ordre social, juridique, culturel et épistémologique en plaçant les femmes, leurs expériences individuelles et partagées, au centre de leur recherche. Troisièmement, les chercheuses féministes en droit cherchent à suivre et à exposer l'implication du droit dans le désavantage des femmes, dans le but d'apporter un changement social et politique transformateur²⁷⁷.

Même chez les chercheurs ne se revendiquant pas comme féministes, le genre est considéré comme un cadre explicatif dans la mesure où il « opère en canalisant de manière disproportionnée les hommes et les femmes vers différentes institutions, en dévalorisant les attributs et les comportements associés au féminin et en soutenant certains discours des affaires internationales »²⁷⁸.

2.3.1 Inégalités structurelles et sociales

Par ailleurs, de nombreux systèmes juridiques à travers le monde ne reconnaissent pas aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes²⁷⁹. Pourtant, on estime qu'environ 80 % des réfugiés et des déplacés sont des femmes et des enfants²⁸⁰. En effet, les déplacements arbitraires et les violences multiples associées aux conflits s'accompagnent usuellement des destructions volontaires de domiciles de la part des vainqueurs et d'autres violations des droits au logement et à la propriété²⁸¹. De plus, les femmes sont souvent dépendantes de leur mari ou de leurs proches masculins afin de se loger même avant le conflit, ce qui complexifie nettement la tâche lorsque ces dernières souhaitent revenir et réalisent qu'elles n'ont pas de droits légaux sur ce qui était antérieurement leur foyer²⁸².

De plus, principalement en tant que non combattantes, les femmes sont les premières victimes des conflits armés, et sont aussi surreprésentées dans les efforts de la société civile pour maintenir la cohésion sociale durant les hostilités ainsi que pour assurer leur cessation. En effet, elles sont fréquemment à la tête des ménages dans les sociétés sortant d'un conflit ce qui leur confère un rôle crucial dans la reconstruction et la réconciliation. Ainsi, même si le contexte post-conflit est généralement dominé par les hommes, il est fortement influencé par les rapports de genre²⁸³. Les disparités entre les genres lorsqu'il s'agit de droits augmentent aussi les risques pour les femmes de se retrouver sans-abris ou dépendante d'un proche pour

²⁷⁷ Joanne Conaghan, « Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law » (2000) 27 *Journal of Law and Society* à la p 359.

²⁷⁸ O'Rourke, *supra* note 272 à la p 5.

²⁷⁹ Mohan, *supra* note 63 à la p 461.

²⁸⁰ Eve McCabe « The Inadequacy of International Human Rights Law To Protect The Rights of Women as Illustrated by The Crisis In Afghanistan » (2000) 5:2 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* à la p 422.

²⁸¹ Paglione, *supra* note 77 à la p 392.

²⁸² *Ibid* à la p 462.

²⁸³ Bell et O'Rourke, « Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice » *supra* note 257 à la p 50.

leur assurer un logement ce qui les rend d'autant plus vulnérables aux violences²⁸⁴. Pourtant, les études prouvent que les femmes tendent à survivre plus souvent aux conflits que les hommes. En l'absence des hommes au lendemain d'une guerre, elles se voient contraintes de prendre des responsabilités supplémentaires et forment ainsi une majeure partie de la société restante une fois le conflit terminé²⁸⁵.

2.3.2 Reconnaissance des crimes genrés

L'une des principales critiques féministes envers la justice transitionnelle est sa tendance à privilégier les tribunaux et le droit pénal, au lieu de s'attaquer aux problèmes de fond qui causent la violence et la discrimination. Le droit pénal se concentre sur la punition des personnes, mais ne remet pas en question les normes sociales, l'économie et la politique qui maintiennent l'inégalité entre les hommes et les femmes. Ní Aoláin parle même de "colonisation discursive" car le langage juridique dominant peut cacher ce que les femmes vivent et ce qu'elles demandent, ce qui fait que la JT risque de négliger d'autres outils importants ces-dernières, comme les commissions vérité et réconciliation, les programmes de réparations et les changements dans les institutions²⁸⁶. À cet effet, il est nécessaire de «trouver un équilibre entre considérer le droit comme un vénérable arbitre des atrocités horribles d'une part, et considérer le droit comme l'expression ultime de l'impérialisme et de la violence d'autre part» afin que les victimes ne soient pas «réduites à un corps sexué, blessé et incapable, mais soient plutôt reconnues, représentées et respectées comme des agents complexes et divers ayant des besoins de justice différents»²⁸⁷.

Dans le passé, les mécanismes de justice transitionnelle n'ont pas toujours pris en compte les spécificités liées au genre dans leur traitement des crimes de guerre et des violations des droits humains. En effet, les femmes ont été marginalisées dans les processus de justice comme en témoignent les omissions concernant le viol et l'esclavage sexuel dans les jugements de Nuremberg et de Tokyo, et la classification initiale du viol comme crime d'honneur dans les Conventions de Genève²⁸⁸. Cela démontre qu'historiquement, les crimes sexuels n'ont pas été reconnus comme étant interdits en temps de guerre

²⁸⁴ Mohan, *supra* note 63 à la p 465.

²⁸⁵ *Ibid* à la p 467.

²⁸⁶ Ní Aoláin, « Advancing Feminist Positioning in the Field of Transitional Justice» *supra* note 267 aux pp 206-214.

²⁸⁷ Nicola Henry, « The Fixation on Wartime Rape: Feminist Critique and International Criminal Law» (2014) 23 *Social & Legal Studies* aux pp 106-107.

²⁸⁸ Naraghi-Anderlini, *supra* note 235 à la p 104.

et que même lorsque reconnu, la perception du viol comme « violations du statut masculin » persiste en aggravant ainsi « l'exclusion des expériences féminines de la protection complète du droit international »²⁸⁹.

2.3.2.1 Lutte contre l'impunité

L'impunité des auteurs de violations graves des droits humains crée un environnement où les victimes sont souvent empêchées de demander et de recevoir réparation. En effet, si les États ne parviennent pas à enquêter sur les faits et à établir la responsabilité pénale, il devient difficile pour les victimes ou leurs familles d'engager des poursuites judiciaires efficaces en vue d'obtenir une réparation juste et adéquate²⁹⁰. Cette situation est d'autant plus inacceptable que le droit international impose aux États des obligations claires en ce qui concerne la poursuite des auteurs de violations des droits humains. Notamment, la Convention contre la torture à l'Article 4 stipule que chaque État partie doit veiller à ce que tous les actes de torture constituent des infractions pénales dans son droit interne²⁹¹. De manière similaire, la Convention interaméricaine des droits de l'homme engage les États parties, via son Article 1 à respecter les droits et libertés reconnus dans la Convention et à garantir leur libre et plein exercice à toute personne relevant de leur juridiction²⁹².

Relativement à la problématique de l'impunité, Van Boven note que « l'impunité est en conflit » avec le principe de réparation pour les violations graves des droits de l'homme qui constituent des crimes au regard du droit international. Cette affirmation se base, entre autres, sur l'analyse de la jurisprudence d'organismes internationaux de défense des droits humains, qui insistent sur la nécessité d'enquêter sur les faits, de traduire en justice les responsables et d'assurer la réparation aux victimes²⁹³. Conséquemment, l'Observation générale n° 20 (1992) sur l'article 7 du PIDCP conclut que les amnisties pour actes de torture sont généralement incompatibles avec l'obligation des États d'enquêter sur ces actes, de garantir la protection contre de tels actes dans le droit interne ainsi que de veiller à ce que les actes illicites ne se reproduisent pas²⁹⁴.

²⁸⁹ Ní Aoláin, « Advancing Feminist Positioning in the Field of Transitional Justice » *supra* note 267 à la p 211.

²⁹⁰ Theo Van Boven, « Appendix C: Review of Further Developments in Fields with Which the Sub-Commission Has Been Concerned » (1996) 59:4 *Law and Contemporary Problems* à la p 338.

²⁹¹ UN, Conseil de Sécurité, *La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc off NU CES 1465 RTNU 85 (1987) [La Convention contre la torture] à l'article 4.

²⁹² *Pacte de San José*, *supra* note 185 à l'article 1.

²⁹³ Van Boven, *supra* note 286.

²⁹⁴ *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, Doc off HCR NU, 44e sess, Doc NU A/44/40 (1992) [Commentaire général n°20] au para 15.

La lutte contre l'impunité nécessite donc une action globale et cohérente tant nationalement qu'internationalement via des enquêtes approfondies et impartiales sur les violations des droits humains afin d'identifier les responsables et les traduire en justice, le renforcement des capacités des systèmes de justice interne, l'assurance d'un accès effectif à la justice pour les individus notamment par la mise en place de mécanismes de plainte transparents et accessibles ainsi qu'une attention particulière portée aux besoins spécifiques des victimes particulièrement au regard des réparations²⁹⁵.

2.3.2.2 Commissions vérité et réconciliation

En réponse aux limitations structurelles de la justice pénale en période de post-conflit, les dernières décennies ont été marquées par une attention particulière à la justice dite restaurative, majoritairement sous la forme de CVR, des « entités qui cherchent à établir les faits, les causes et les impacts des violations passées des droits de l'homme, avec un accent sur les témoignages des victimes et des survivants, cherchant ainsi à reconnaître les préjudices et les souffrances »²⁹⁶. Les premières commissions vérité en Argentine, au Guatemala et en Afrique du Sud n'ont toutefois pas pris en compte les préjudices liés au genre dans leur cadre de référence. En étant axées sur les crimes de nature politique, ces Commissions n'ont pas considéré les violences ordinaires commises à l'égard des femmes, ce qui a constitué un manque de reconnaissance des violences envers les femmes et a également eu des implications sur les recommandations politiques et les mesures de réparations²⁹⁷. À cet effet, la Note du Secrétariat générale de l'ONU datant de juillet 2020 a confirmé qu'il existe un « manque général de prise en compte de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre dans la grande majorité des processus de recherche de la vérité » qui affecte non seulement les femmes, mais aussi les hommes, « et encore plus les lesbiennes, les gays, les bisexuels et les transgenres »²⁹⁸, ce qui nécessite l'adoption d'une « démarche intersectionnelle qui détermine la façon dont certains marqueurs sociaux de la différence fonctionnent selon une conception non binaire du genre » dans les CVR futures, afin de déterminer les impacts réels du conflits et établir la vérité²⁹⁹.

²⁹⁵ Van Boven, *supra* note 286 aux pp 303-312.

²⁹⁶ Maria Martin de Almagro et Philipp Schulz, *Gender and Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2022 à la p 8.

²⁹⁷ de Almagro et Schulz, *supra* note 291 à la p 8.

²⁹⁸ Fabián Salvioli, *Rapport sur la prise en compte des questions de genre dans les processus de justice transitionnelle*, Doc off AG NU, 75^e sess, point 72 b), Doc NU A/75/174 (2020) au para 6.

²⁹⁹ *Ibid* au para 10.

Bien que le patriarcat et la « la répartition des rôles fondée sur les stéréotypes de genre » soient à la base des discriminations « systémiques et structurelles »³⁰⁰, la distinction entre la sphère privée et la sphère publique joue aussi un rôle crucial dans la manière dont les femmes et les personnes victimes perçoivent et abordent les violences subies. Conformément à cette conviction, certaines peuvent être réticentes à témoigner, car elles considèrent les abus subis comme relevant de la sphère privée plutôt que politique et « peuvent être dissuadées de faire entendre leur cas lors d'audiences publiques parce qu'elles veulent résister à la catégorisation en tant que victimes ». Aussi, bien qu'elles puissent se présenter en grand nombre, beaucoup hésitent à parler ouvertement des violations des droits humains qu'elles ont subies, et lorsqu'elles le font, celles-ci ont tendance à ne divulguer que les violences subies par leurs congénères masculins³⁰¹.

Les premières commissions vérité ont eu tendance à se concentrer sur les violations des droits civils et politiques, négligeant les violences sexuelles et sexistes, ainsi que les conséquences socio-économiques des conflits qui touchent particulièrement les femmes³⁰². Même lorsque leurs mandats étaient formellement neutres du point de vue du genre, certaines commissions ont choisi d'interpréter les dispositions relatives à la torture et aux mauvais traitements de manière à inclure les violences sexuelles, notamment celles d'Haïti, de la Sierra Leone et du Timor Leste³⁰³. À cet effet, la CVR du Pérou a constitué un précédent en la matière en mettant en place une unité dédiée au genre. Cette initiative, bien que saluée par le Rapporteur spécial sur la vérité, la justice, la réparation et les garanties de non-renouvellement, et considérée comme témoignant d'une volonté d'intégrer les questions de genre de manière transversale dans le travail de la Commission³⁰⁴, peut toutefois « conduire d'autres unités de travail à ignorer la question »³⁰⁵. Les CVR doivent donc adopter une « stratégie institutionnelle mixte » qui inclut à la fois une unité spéciale sur le genre et « composée de consultants et d'experts de différentes orientations sexuelles et identités de genre spécialisés dans l'analyse des disparités entre les genres », ainsi qu'une intégration de membres spécialisés sur ces questions dans les autres unités³⁰⁶.

³⁰⁰ *Ibid* au para 5

³⁰¹ Vasuki Nesiha et al., *Truth Commissions and Gender: Principles, Policies, and Procedures*, New York, International Center for Transitional Justice, 2006 à la p 30.

³⁰² Nesiha et al., *supra* note 297 à la p 7.

³⁰³ O'Rourke, *supra* note 272 à la p 17.

³⁰⁴ Pablo de Greiff, *Report to the Human Rights Council on selected challenges faced by truth commissions in transitional periods and responses to strengthen the effectiveness of those mechanisms in addressing gross human rights violations and serious violations of international humanitarian law*, Doc off HCR NU, 21e sess, Doc A/HRC/21/46 (2013) au para 36.

³⁰⁵ Salvioli, *supra* note 294 au para 12.

³⁰⁶ *Ibid* au para 13

En ce qui à trait aux mandats, leur neutralité est considéré comme favorisant nécessairement les hommes et leurs récits, ce à quoi une inclusion du genre et des violences genrées spécifiquement dans ces derniers permet de palier³⁰⁷, en mettant évidence «les liens entre la vérité en tant que produit des commissions de vérité, et la recherche de la vérité en tant que processus qui se déroule dans le cadre d'audiences publiques, de prises de déclarations, de traductions, de codages et d'autres initiatives opérationnelles »³⁰⁸.

2.3.2.3 Élargissement des préjudices et reconnaissance des expériences des femmes

Les féministes ont joué un rôle crucial dans l'évolution de la justice transitionnelle en remettant en question la définition étroite des « préjudices » tels que traditionnellement reconnus. En élargissant cette définition, elles ont permis de mettre en évidence les expériences spécifiques des femmes, souvent marginalisées voire ignorées, puisque ces actes étaient souvent considérés comme des dommages collatéraux inévitables des conflits, et non comme des crimes graves passibles de poursuites. Grâce à leurs efforts de plaider et à leurs analyses juridiques pointues, les violences sexuelles ont été intégrées dans le Statut de Rome de la CPI, marquant une avancée majeure dans la lutte contre l'impunité³⁰⁹.

Outre les préjudices physiques et individuels, les juristes féministes ont attiré l'attention sur les impacts profondément sociaux des violations, notamment les « préjudices de subsistance» qui touchent de manière disproportionnée les femmes en temps de conflit et de transition ; des difficultés d'accès à la nourriture, au logement, aux soins de santé, à l'éducation, ou encore aux moyens de subsistance³¹⁰. Ces préjudices, bien que moins visibles que les violences physiques, ont un impact profond et durable sur la vie des femmes et sur leur capacité à reconstruire leur vie après un conflit³¹¹. Identifier les préjudices comme relevant du domaine social permet d'aborder les expériences vécues au-delà de la sphère individuelle, notamment en mettant l'accent sur les violences visant « la destruction des relations humaines » et «les atteintes aux êtres chers, telles que la séparation familiale et la privation de nourriture des membres de la famille »³¹².

³⁰⁷ *Ibid* au para 9

³⁰⁸ Nesiah et al., *supra* note 297 à la p 8.

³⁰⁹ O'Rourke, *supra* note 272 à la p 14.

³¹⁰ Diana Sankey, « Gendered Experience of Subsistence Harms: A Possible Contribution to Feminist Discourse on Gendered Harm? » (2014) 1 *Social & L Stud* à la p 8.

³¹¹ O'Rourke, *supra* note 272 aux pp 22-23.

³¹² Sankey, *supra* note 299 à la p 8.

À cet effet, le déplacement forcé est considéré comme un préjudice social, puisqu'il ne se limite pas à un déplacement physique, il s'agit d'un traumatisme social plus large qui « fracture les familles, les foyers et les communautés » en les privant notamment de leurs réseaux de survie et de soutien³¹³. La séparation familiale est d'ailleurs un préjudice central ayant été utilisé comme une politique délibérée pour détruire les structures sociales existantes et reconstruire un État pays selon l'idéologie du régime et qui a pour effets de privant les individus des réseaux de survie et de soutien. Cette reconnaissance plus vaste des préjudices commis à l'égard des femmes appelle à une compréhension plus holistique afin de rendre justice aux expériences vécues et de promouvoir une justice transitionnelle plus juste et inclusive³¹⁴.

2.3.3 Accords de paix et représentation des femmes

Malheureusement, les femmes sont souvent exclues des conversations qui définissent la justice transitionnelle, tant dans la façon de concevoir ses outils que dans les principes qui la guident. Leur faible représentation dans les pourparlers de paix et les instances décisionnelles signifie que leurs perspectives et leurs expériences ne sont pas suffisamment intégrées dans la conception et la mise en œuvre des mécanismes de JT. Les accords de paix et les négociations qui les fondent restent donc des domaines largement dominés par les hommes, où les « questions qui traitent des problèmes sous-jacents de discrimination, de domination et de l'amélioration de la sécurité physique, sociale et juridique, particulièrement en ce qui concerne le genre, sont souvent abordées de manière secondaire, voire pas du tout »³¹⁵. Une étude de 585 traités de paix signés depuis 1990 a d'ailleurs révélé que 16 % d'entre eux font référence explicitement aux femmes et seulement 7 % mentionnent les droits humains des femmes et/ou l'égalité des genres. Pourtant, les des accords de paix détiennent un rôle clé dans la formation des relations de genre au sein des sociétés sortant d'un conflit et possèdent une qualité quasi constitutionnelle qui façonne la manière dont le pouvoir sera exercé et détenu dans l'ordre politique et juridique national qui émerge. Puisque les constitutions peuvent être considérées comme des « cartes du pouvoir » qui définissent les paramètres des désaccords politiques et de la réforme institutionnelle, l'élaboration de constitutions est un domaine d'intervention important pour l'analyse féministe, et les accords de paix fonctionnent de la même manière en formalisant les « priorités et aspirations politiques d'une nation »³¹⁶.

³¹³ *Ibid* aux pp 8-9.

³¹⁴ *Ibid* aux pp 15-16.

³¹⁵ Bell et O'Rourke, «Peace Agreements or Pieces Of Paper» *supra* note 304 aux pp 950-951.

³¹⁶ *Ibid* aux pp 942-948.

Sur le terrain, la théorie se bute aussi aux aspects pratiques de la justice, notamment le fait qu'inciter les victimes à témoigner, leur assurer une protection juridique et un soutien post-traumatique dépasse les capacités de nombreuses organisations internationales. De surcroît, la non-représentation des femmes dans les négociations de paix où sont majoritairement discutées les questions de poursuite des auteurs de violations et de procédures d'amnistie contribue à invisibiliser les crimes spécifiques auxquels les femmes sont confrontées dans les mesures de justice transitionnelle³¹⁷. En outre, le biais masculin dans les négociations peut entraîner des compromis qui priorisent les intérêts des hommes et des groupes dominants, plutôt que de promouvoir une justice équitable et inclusive pour tous les membres de la société. Cela peut se traduire par des amnisties ou des mesures de clémence pour des crimes qui ont disproportionnellement affecté les femmes sans que soient mises en place des mesures de réparation ou de garantie contre la répétition de telles violences³¹⁸.

2.3.4 Cadre international juridique, normatif et politique impliquant le genre

Les apports critiques des théories dans le domaine de la justice en période de transition expliqué dans la section précédente ont été accompagnés par l'émergence de nouveaux outils de droit. Notamment, la Déclaration et le Programme d'action de Beijing de 1995 ont constitué un tournant des années 90 en reconnaissant les effets disproportionnés des conflits sur les femmes. Par le biais d'une discussion sur « les femmes et les conflits armés³¹⁹», cette déclaration a appelé à une plus grande participation de celles-ci dans la consolidation de la paix et la prévention des conflits³²⁰.

Au début des années 2000, le SC a adopté la Résolution 1325. Fruit d'une mobilisation soutenue des organisations militant pour les droits des femmes, cette déclaration réaffirme l'importance d'une approche centrée sur les victimes et encourage la participation active des femmes en tant qu'agentes de la justice transitionnelle en soulignant l'importance³²¹ « qu'elles participent sur un pied d'égalité à tous les efforts visant à maintenir et à promouvoir la paix et la sécurité et qu'elles y soient pleinement associées, et qu'il convient de les faire participer davantage aux décisions prises en vue de la prévention

³¹⁷ Naraghi-Anderlini, *supra* note 235 à la p 105.

³¹⁸ Bell et O'Rourke, «Peace Agreements or Pieces Of Paper» *supra* note 304 aux pp 950-951.

³¹⁹ NU, *Beijing Declaration and Platform for Action adopted at the Fourth World Conference on Women*, Doc off NU A/CONF.177/20 (1995) [Beijing Declaration]

³²⁰ Ní Aoláin, « Advancing Feminist Positioning in the Field of Transitional Justice» *supra* note 267 à la p 214.

³²¹ *Ibid* à la p 214.

et du règlement des différends »³²². Les accords de paix et l'importance d'accorder une plus grande place aux femmes sont notamment abordés dans la Résolution au paragraphe 8 où le Conseil de Sécurité:

Demande à tous les intéressés, lors de la négociation et de la mise en œuvre d'accords de paix, d'adopter une démarche soucieuse d'équité entre les sexes, en particulier :

- a) De tenir compte des besoins particuliers des femmes et des petites filles lors du rapatriement et de la réinstallation et en vue du relèvement, de la réinsertion et de la reconstruction après les conflits ;
- b) D'adopter des mesures venant appuyer les initiatives de paix prises par des groupes locaux de femmes et les processus locaux de règlement des différends, et faisant participer les femmes à tous les mécanismes de mise en œuvre des accords de paix ;
- c) D'adopter des mesures garantissant la protection et le respect des droits fondamentaux des femmes et des petites filles, en particulier dans les domaines de la constitution, du système électoral, de la police et du système judiciaire³²³.

En abordant l'exclusion des femmes de la résolution des conflits comme constituant « une menace pour la paix et la sécurité internationales », la Résolution 1325 a constitué une avancée notable de l'agenda féministe au regard de l'égalité de genres³²⁴, soit l'Agenda pour les femmes, la paix et la sécurité (FPS), un programme non contraignant qui s'appuie sur plusieurs régimes de droit international et met l'accent sur l'élaboration de politiques et la cohérence des interactions entre les agences internationales dans les opérations de paix³²⁵. Pourtant, une analyse approfondie révèle que l'idée avancée d'une présence accrue des femmes comme « agents de justice transitionnelle » ne s'est pas automatiquement traduite par une prise en compte effective des besoins et des priorités des femmes dans les contextes d'après-conflit. La résolution 1325, dans cette perspective, peut être considérée comme un premier pas nécessaire, mais insuffisant, vers une transformation profonde des sociétés en transition³²⁶.

Sept Résolutions ultérieures du Conseil ont suivi la Résolution 1325 entre 2008 et 2015, renforçant ainsi l'Agenda pour les femmes, la paix et la sécurité (FPS) visant à intégrer les expériences des femmes dans les conflits dans le domaine de la sécurité et à « promouvoir la mise en œuvre de droits humains tels

³²² *Résolution 1325 (Droit des femmes, paix et sécurité)*, Doc off SC NU, 4213^e séance, Doc NU S/RES/1325 (2000) [Résolution 1325] au para 5.

³²³ *Ibid* au para 8.

³²⁴ Bell et O'Rourke, « Peace Agreements or Pieces Of Paper » *supra* note 304 à la p 943.

³²⁵ Charlesworth Hilary et Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000 à la p 188.

³²⁶ Ní Aoláin, « Advancing Feminist Positioning in the Field of Transitional Justice » *supra* note 267 aux pp 214-215.

que l'égalité des sexes, l'accès à la justice et l'élimination de la discrimination »³²⁷. Ce dernier repose d'ailleurs sur quatre piliers qui interagissent et s'appuient mutuellement pour améliorer la situation des femmes tout au long des étapes du conflit : la participation féminine, la prévention de la violence sexuelle et sexiste, la protection des femmes contre les violences spécifiques aux conflits, notamment les violences sexuelles, et enfin celui du relèvement et du rétablissement qui met en lumière l'importance de répondre aux besoins particuliers des femmes et des filles durant les phases de reconstruction post-conflit³²⁸.

Dans le cadre de son mandat visant à préserver la paix et la sécurité internationales, le CSNU a accordé une attention particulière à la problématique du genre et de la justice transitionnelle. Ce dernier a intégré ces questions dans deux des résolutions récentes sur les Femmes, la Paix et la Sécurité. D'abord, la Résolution 2106 souligne l'importance cruciale de prendre en compte la violence sexuelle dans les processus de JT³²⁹.

Ensuite, la Résolution 2122 signale dans son préambule que «dans les situations de conflit armé et d'après conflit, les femmes sont exposées à toutes sortes de menaces et de violations des droits de l'homme» et qu'ainsi «des efforts plus énergiques s'imposent pour que la justice transitionnelle couvre toutes les violations des droits de l'homme dont les femmes sont victimes et tienne compte des effets différents que ces violations ont pour les femmes et les filles, de même que les déplacements forcés, les disparitions forcées et la destruction des infrastructures civiles»³³⁰.

En plus des résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies, diverses initiatives internationales ont joué un rôle clé dans le développement du FPS. Parmi elles, *l'Initiative pour la prévention de la violence sexuelle dans les conflits* (PSVI), lancée en 2012 par le Royaume-Uni se distingue. Cette initiative avait pour objectifs d'intensifier la responsabilité des auteurs de violences sexuelles dans les conflits, soutenir les survivants et modifier les attitudes et comportements qui alimentent ce type de violence. Il est important de noter que la PSVI adopte une approche inclusive en ciblant toutes les victimes de violence sexuelle dans

³²⁷ Christine Chinkin, « Women, Peace, and Security: Tackling Violence Against Women in the Contemporary World? » (2018) 61 German Yearbook of International Law à la p 186.

³²⁸ *Ibid* à la p 188.

³²⁹ Résolution 2106 (*on sexual violence in armed conflict*), Doc off SC NU, 68^e année, Doc NU S/RES/2106 (2013) [Résolution 2106] au para 12.

³³⁰ Résolution 2122 (*on women and peace and security*), Doc off SC NU, 7044^e séance, Doc NU S/RES/2122 (2013) [Résolution 2122] dans le préambule.

les conflits, y compris les hommes, les garçons et les personnes LGBTQI³³¹ à l'instar de la Résolution 2106³³². À cet effet, la résolution 2242, la plus récente sur le sujet, ne mentionne plus les hommes et les garçons comme victimes de violence sexuelle et les cantonne au rôle de « partenaires » dans la promotion de la participation des femmes³³³. Ce retour en arrière décevant, ainsi que l'absence totale de mention des personnes LGBTQI dans les autres résolutions du Conseil reflète un manque de reconnaissance des vulnérabilités spécifiques qu'expérimentent ces individus lors des conflits et après. Plus encore, il est nécessaire de dépasser la vision restrictive du genre comme un simple binaire masculin/féminin pour prendre en compte la diversité des expériences et des identités de genre et faire progresser l'Agenda pour les femmes³³⁴.

Par ailleurs, la Résolution du Conseil des droits de l'homme qui définit le mandat du Rapporteur spécial sur la vérité, la justice, la réparation et les garanties de non-répétition mentionne spécifiquement le genre en précisant que le Rapporteur spécial doit tenir compte d'une perspective de genre dans la mise en œuvre de son mandat³³⁵. Comme indiqué précédemment, les conditions de la guerre et de l'après-guerre varient selon le genre de l'individu. À cet effet, le Rapporteur spécial note aussi la nécessité d'établir des procédures qui tiennent compte des différences entre les sexes et qui respectent les normes fondamentales d'égalité, en plus d'aborder l'importance de ne pas limiter l'application d'une perspective de genre seulement aux crimes d'ordre sexuels³³⁶.

En ce qui a trait aux normes internationales en la matière, la CEDEF a identifié le genre et la justice transitionnelle comme étant une problématique d'importance³³⁷. Notamment, dans sa Recommandation générale n° 30 portant sur les femmes dans les conflits, dans les situations d'après-guerre et dans la prévention des conflits, le Comité a considéré que « les mesures de prévention des conflits ignorant la

³³¹ Charlesworth et Chinkin, *supra* note 314 à la p 190.

³³² Résolution 2106, *supra* note 319 au para 6.

³³³ Résolution 2242 (*on women and peace and security*), Doc off SC NU, 7533^e sess, Doc NU S/RES/2242 (2015) [Résolution 2242].

³³⁴ Chinkin, *supra* note 316 à la p 190.

³³⁵ O'Rourke, *supra* note 272 à la p 4.

³³⁶ Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff*, Doc off AG NU, 21^e sess, point 3, Doc NU A/HRC/21/46 (2012) au para 59.

³³⁷ O'Rourke, *supra* note 272 à la p 7.

problématique hommes-femmes ne peuvent ni prévoir ni prévenir les conflits³³⁸ » puisque c'est « seulement en faisant participer des femmes et en analysant les conflits en tenant compte de la problématique hommes-femmes que les États parties peuvent concevoir des plans d'action appropriés³³⁹ ». À cet égard, le Comité recommande également l'inclusion des femmes à tous les niveaux de prise de décision dans les mécanismes de justice transitionnelle³⁴⁰.

La promotion d'une approche sensible au genre dans les politiques de JT a aussi été un aspect traité par le Secrétaire général de l'ONU, notamment par la publication d'une Note d'orientation sur les réparations pour les violences sexuelles liées aux conflits en 2014³⁴¹. Cette initiative témoigne de la volonté du Secrétaire général de placer la question des réparations pour les violences sexuelles au cœur des préoccupations de la justice transitionnelle puisqu'elle fournit des lignes directrices concrètes pour la mise en place de programmes de réparations qui répondent aux besoins spécifiques des victimes de violences sexuelles, et qui contribuent à la reconstruction du tissu social et à la réconciliation nationale³⁴².

Le droit des femmes et des filles à un recours et à réparation est au cœur de la Déclaration de Nairobi, un document important adopté lors de la Réunion internationale organisée à Nairobi en mars 2007 ayant permis de mettre en évidence les lacunes des normes internationales existantes en matière de prise en compte du genre³⁴³. Elle a permis de pointer du doigt les insuffisances des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation, notamment en ce qui concerne la reconnaissance et la prise en charge des violences sexuelles subies par les femmes dans les contextes de conflit³⁴⁴.

Finalement, l'approche de la Cour pénale internationale (CPI) en matière de JT et de genre a aussi été influencée par les critiques. À cet effet, la codification, dans le Statut de Rome, des avancées jurisprudentielles des tribunaux ad hoc sur la poursuite des crimes sexuels a entraîné une « focalisation

³³⁸ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), *Recommandation générale no 30 sur les femmes dans la prévention des conflits, les conflits et les situations d'après conflit*, Doc off NU CEDAW/C/GC/30 (2013) au para 43.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid* au para 46 (b).

³⁴¹ *Guidance Note of the Secretary-General: Reparations for Conflict-Related Sexual Violence*, Doc off NU ST/SG(02)/R425 (2014).

³⁴² O'Rourke, *supra* note 272 à la p 9.

³⁴³ International Meeting on Women's and Girls' Right to a Remedy and Reparation, *Nairobi Declaration on Women's and Girls' Right to a Remedy and Reparation*, Paris, International Federation for Human Rights, 2007.

³⁴⁴ O'Rourke, *supra* note 272 à la p 10.

sur l'opérationnalisation de l'engagement politique et du cadre juridique visant à mettre fin à l'impunité pour les violences sexuelles liées aux conflits »³⁴⁵. Cette évolution positive en matière de reconnaissance des crimes de violence sexuelle s'est d'ailleurs traduite par la publication d'un document de politique générale sur les crimes sexuels et sexistes en 2014 par le Bureau du Procureur de la CPI³⁴⁶. Ce document expose la position du Bureau du Procureur de la CPI sur la manière de faire progresser sa stratégie en matière d'enquêtes et de poursuites relatives aux crimes sexuels et sexistes et implique la volonté de la CPI de traduire, dans les faits, les engagements pris dans le Statut de Rome en matière de lutte contre l'impunité pour les violences sexuelles liées aux conflits³⁴⁷. Ainsi, bien que le cadre juridique international sur le genre et la justice transitionnelle se soit considérablement étoffé, sa traduction dans la réalité demeure un défi majeur. La vigilance reste de mise pour garantir que ces normes se traduisent par des changements tangibles dans la vie des femmes.

2.4 Traitement des déplacements arbitraires par la justice transitionnelle

La section précédente a abordé quelques mesures de JT comme pouvant prendre plusieurs formes toutefois considérées individuellement comme ayant une portée limitée³⁴⁸. Les mesures de justice transitionnelle ont des raisons légitimes d'aborder le déplacement de population, mais leur capacité à traiter directement de cette question est aussi limitée. Parmi ces facteurs limitants se trouve le manque de ressources, puisqu'assurer une compensation financière des préjudices subis et des biens perdus engendre des coûts que les États, sortant d'un conflit majeur, ne sont souvent pas en mesure de couvrir, ce qui peut restreindre la portée et l'efficacité des mesures de réparation et d'indemnisation³⁴⁹. En effet, des ressources restreintes peuvent pousser les États à exclure certaines catégories de victimes des programmes de réparation, ou à limiter les types de préjudices indemnisables en se concentrant, par exemple, uniquement sur les dommages matériels par exemple et négligeant les préjudices moraux ou psychologiques³⁵⁰.

³⁴⁵ *Ibid* à la p 11.

³⁴⁶ Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale (CPI), Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 2014, en ligne : < <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf> >.

³⁴⁷ O'Rourke, *supra* note 272 à la p 12.

³⁴⁸ Mansfield, *supra* note 61 à la p 402.

³⁴⁹ Duthie, *supra* note 27 aux pp 249-250.

³⁵⁰ Pablo de Greiff et Roger Duthie eds., *Transitional Justice and Development: Making Connections*, New York, Social Science Research Council, 2009 à la p 40.

Comme nous l'avons vu précédemment, la non-reconnaissance des préjudices sociaux, moraux ou psychologiques est particulièrement néfaste pour la reconnaissance des expériences des femmes. Le manque de ressources peut également se traduire par des procédures administratives complexes et coûteuses, entravant l'accès des victimes aux réparations. Même dans le cas où il existe un programme pour traiter des réparations, le manque de ressources tend à en limiter l'efficacité. De plus, les victimes doivent souvent engager des dépenses considérables pour accéder au programme et les compensations accordées s'avèrent souvent insuffisantes³⁵¹.

De plus, les personnes déplacées peuvent être confrontées à des obstacles importants pour participer aux mesures de justice transitionnelle, notamment l'accès à l'information, la représentation et les ressources³⁵². Les réfugiés peuvent ne pas être au courant des mesures mises en place en raison d'un manque d'information de la part de l'État d'origine et de contraintes physiques à la communication si ces derniers se trouvent hors du pays³⁵³. De plus, les acteurs de la JT ne partagent pas nécessairement les objectifs et les approches des acteurs humanitaires, de la consolidation de la paix ou du développement en ce qui concerne les personnes déplacées. Ces divergences de priorité peuvent entraîner des tensions et des conflits d'intérêts³⁵⁴.

Si la justice transitionnelle peut aborder le déplacement de population, son angle principal reste souvent les violations des droits civils et politiques ou le crime de déplacement forcé lui-même. Le traitement des déplacements arbitraires peut néanmoins permettre d'adresser indirectement les violations des droits socio-économiques associées. Cependant, l'impact réel de ces mesures tient à leur cohérence normative et à la manière dont elles s'articulent. Pour être légitimes au titre de la justice, elles doivent être conçues et mises en œuvre de manière coordonnée, comme les composantes d'une stratégie intégrée de développement durable, et non comme des initiatives isolées³⁵⁵.

Ainsi, malgré les défis qu'elle pose, la justice transitionnelle offre plusieurs domaines où ses mesures peuvent compléter et se s'accroître mutuellement avec d'autres interventions politiques visant à répondre au déplacement de population. Elle permet notamment d'assurer l'intégration sociale et les droits de

³⁵¹ Duthie, *supra* note 27 à la p 249.

³⁵² *Ibid* à la p 247.

³⁵³ Elyda Mey, *Cambodian Diaspora Communities in Transitional Justice*, New York, *International Center for Transitional Justice*, 2008 à la p 3.

³⁵⁴ Duthie, *supra* note 27 à la p 243.

³⁵⁵ De Greiff, « Theorizing Transitional Justice » *supra* note 26 à la p 39.

citoyenneté pour les réfugiés, la reconnaissance des victimes et le rétablissement de la confiance civique, la restauration des droits et de la dignité de ces derniers ainsi que le redressement des torts et la réintégration.

2.4.1 Intégration sociale et droits de citoyenneté

La justice transitionnelle est perçue comme un ensemble d'interventions visant à promouvoir l'intégration sociale. Elle contribue à soutenir un régime de citoyenneté inclusive et participative, ce qui est essentiel pour le développement. La JT et le développement sont liés par leur objectif commun de créer des conditions permettant l'exercice des droits et des capacités des citoyens³⁵⁶. Ce régime de citoyenneté est essentiel pour le développement, car il est soit constitutif de celui-ci, soit un instrument pour l'atteindre. En effet, pour que les lois soient légitimes, les citoyens doivent pouvoir les considérer comme les leurs, ce qui nécessite leur participation active à la formulation de ces dernières. Cela permet de transformer les victimes en citoyens actifs permettant ainsi la jouissance d'une citoyenneté inclusive³⁵⁷. Ce processus d'intégration sociale passe par la réaffirmation des normes et des procédures qui garantissent l'égalité de tous devant la loi³⁵⁸.

Dans des circonstances régulières, la relation entre un individu et l'État dont il a la nationalité, est régie par les obligations d'une forme de protection envers les droits politiques et sociaux, la garantie de l'égalité et des libertés individuelles, ainsi que la promotion de la souveraineté populaire collective et responsable, éléments intrinsèques au concept de citoyenneté³⁵⁹. Cependant, cette relation est parfois mise à mal, spécialement dans les situations de conflit ou de post-conflit ayant impliqué des déplacements arbitraires ou le retour à une entente saine entre l'État et l'individu ou le groupe d'individus représente un défi majeur. Ainsi, le retour des réfugiés ne doit pas être considéré uniquement comme un acte physique de relocalisation, mais comme un processus de réintégration politique et sociale où la citoyenneté joue un rôle central. L'objectif d'un processus de retour juste est d'ailleurs de « mettre les rapatriés sur un pied d'égalité avec leurs concitoyens non déplacés en restaurant ou en créant une nouvelle relation de droits et de devoirs entre l'État et ses citoyens de retour »³⁶⁰.

³⁵⁶ De Greiff et Duthie, *supra* note 339 à la p 34.

³⁵⁷ *Ibid* à la p 63.

³⁵⁸ *Ibid* à la p 56.

³⁵⁹ Long, *supra* note 5 à la 39.

³⁶⁰ Bradley, *supra* note 21 à la p 44.

Ce contrat social, lorsqu'il est respecté, crée un lien fort entre l'individu et l'État, favorisant un sentiment d'appartenance et de solidarité. Conséquemment, l'État a la responsabilité de créer les conditions d'une réintégration politique, sociale et économique réussie pour les rapatriés. Sur le plan politique, cela signifie que le pays doit garantir la pleine participation des rapatriés à la vie politique du pays en transition³⁶¹. Sur le plan social, cela implique de lutter contre toute forme de discrimination et de promouvoir l'inclusion sociale des rapatriés dans le respect de la « dignité ». Semblablement, la DUDH affirme à l'article 1 que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits³⁶²», ce qui suggère que la dignité est un droit inhérent à chaque être humain et intrinsèquement lié à la notion de liberté et d'égalité. La liberté de choisir étant une dimension essentielle de la dignité humaine, un retour juste implique alors un choix libre et éclairé de la part du réfugié. Ainsi, les autres acteurs de la justice transitionnelle doivent veiller à ce que le retour ne soit pas perçu comme une obligation ou une contrainte, et ce, même s'il est soutenu par des aides matérielles. Un retour juste implique la protection des droits humains, y compris la responsabilité pour les violations passées. Le respect de la dignité des rapatriés est lié à la durabilité du rapatriement et les autorités sont encouragées à créer des conditions favorables pour que les réfugiés puissent retourner en sécurité et dignité dans leurs lieux d'origine³⁶³.

2.4.2 Restauration des droits et dignité des réfugiés

Sans toutefois qu'ils mentionnent la dignité, la Convention de l'OUA de 1969 et la Déclaration de Carthagène de 1984 ont été les premiers instruments à « souligner l'importance du retour dans des conditions de sécurité »³⁶⁴. À cet effet, l'article 12 de la Déclaration de Carthagène confère que le rapatriement doit « être effectué dans des conditions de sécurité absolue, de préférence au lieu de résidence du réfugié dans son pays d'origine »³⁶⁵. La Déclaration du Plan d'action concerté de 1989 en faveur des réfugiés, des rapatriés et des personnes déplacées d'Amérique centrale a aussi marqué une évolution significative par rapport aux instruments internationaux précédents qui, bien qu'insistant sur le caractère volontaire du retour, n'abordaient pas de manière aussi explicite la question de la dignité³⁶⁶. En effet, l'article 3 (1) de la Déclaration engage les signataires à assurer le retour des réfugiés « dans

³⁶¹ Long, *supra* note 5 à la p 38.

³⁶² *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, *supra* note 123 à l'article 1.

³⁶³ Bradley, *supra* note 21 aux pp 58-59.

³⁶⁴ *Ibid* à la p 55.

³⁶⁵ *Déclaration de Carthagène*, *supra* note 137 au point 12.

³⁶⁶ Bradley, *supra* note 21 aux pp 55-56.

des conditions de sécurité et de dignité individuelles qui leur permettent de reprendre une vie normale»³⁶⁷.

Dans un même ordre d'idée, le HCR a tenté une première définition du principe de dignité par le biais du *Handbook on Voluntary Repatriation: International Protection* de 1996 via l'utilisation des mots « sérieux, posé, digne d'honneur et de respect³⁶⁸ » ce qui traduit une certaine superficialité dans l'approche du HCR vers la fin des années 90, puisque ces mots décrivent des aspects comportementaux ou des qualités morales qui ne saisissent pas pleinement la complexité du concept de dignité humaine qui englobe des aspects intrinsèques à la personne, tels que sa valeur inhérente, son autonomie, et son droit au respect, qui vont au-delà de simples adjectifs³⁶⁹. À cet effet, le *Handbook for Repatriation and Reintegration Activities*³⁷⁰ a changé la donne en insistant sur le fait que « la "dignité" du retour passe par la possibilité pour les réfugiés de retourner dans leurs foyers d'origine, reconnaissant ainsi l'importance du lien affectif et matériel que les individus entretiennent avec leur lieu de vie»³⁷¹. Ainsi, la reconnaissance des injustices subies et la mise en place de mécanismes de réparation (restitution des biens, compensations, excuses publiques) sont fondamentales pour restaurer la dignité des rapatriés et leur permettre de se reconstruire après le traumatisme de l'exil notamment de manière à « jouir de leur liberté dans des termes égaux aux autres citoyens »³⁷².

2.4.3 Reconnaissance des victimes et rétablissement de la confiance civique

Comme indiqué précédemment, la distinction entre connaissance et reconnaissance introduite par Thomas Nagel joue un rôle crucial dans les politiques de mémoire et de vérité dans les pays en transition en encourageant la reconnaissance publique officielle des vérités sur les crimes passés au-delà de la simple connaissance de ces faits³⁷³. La justice transitionnelle vise à fournir aux victimes une reconnaissance non seulement en tant que victimes, mais aussi en tant que porteurs de droit, ce qui implique de leur accorder une reconnaissance morale en tant qu'êtres humains individuels en reconnaissant qu'ils ont été lésés par

³⁶⁷ NU HCR, *Conférence Internationale sur les Réfugiés d'Amérique Centrale Rapport du Secrétaire général*, Doc off AG NU A/44/527 (1989) à l'article 3 para 1.

³⁶⁸ NU HCR, *Handbook- Voluntary Repatriation: International Protection*, Genève, Department of International Protection, 1996 à la p 14.

³⁶⁹ Bradley, *supra* note 21 à la p 59.

³⁷⁰ NU HCR, *Handbook for Repatriation and Reintegration Activities*, Genève, Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, 2004 à la p 144.

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² Bradley, *supra* note 21 aux pp 60-61,

³⁷³ Arthur, *supra* note 127 à la p 355.

certaines actions. À cet effet, bien que la recherche de la vérité ne révèle que peu souvent de nouveaux faits, elle joue un rôle crucial dans la reconnaissance des faits existants³⁷⁴.

La reconnaissance contribue de plus à établir une vérité historique partagée, ce qui est essentiel pour éviter la réécriture de l'histoire par des groupes ayant des intérêts divergents en plus d'aider à construire une mémoire collective qui peut servir de fondement à une société plus juste et démocratique³⁷⁵. En fournissant des informations sur les violations passées, en promouvant la réconciliation et en s'attaquant aux causes profondes du déplacement, les mesures de justice transitionnelle peuvent aussi créer des conditions propices au retour durable et à la réintégration des personnes déplacées. Elles aident ainsi à surmonter les obstacles psychologiques et sociaux qui empêchent souvent les personnes déplacées de reprendre une vie normale³⁷⁶.

Les efforts institutionnalisés pour confronter le passé, tels que les commissions de vérité, peuvent être perçus comme des efforts de bonne foi pour comprendre les schémas de violence et initier un nouveau projet politique basé sur des normes et valeurs partagées. Les poursuites pénales peuvent aussi renforcer la confiance civique en réaffirmant l'importance des normes violées par les auteurs de crimes. Cela montre que personne n'est au-dessus des lois, ce qui est crucial pour les réfugiés qui ont souvent fui des régimes abusifs³⁷⁷. Par ailleurs, les réformes judiciaires offrent un moyen non violent pour « résoudre les différends et/ou en éliminant les griefs causés par la corruption, le biais ou l'incapacité du système judiciaire »³⁷⁸. Faire confiance à une institution revient à supposer que ses règles, valeurs et normes constitutives soient partagées par ses membres ou participants et soient considérées par eux comme contraignantes.³⁷⁹

Ensuite, reconnaître les expériences des victimes aide à réduire les tensions sociales et prévenir les conflits futurs, puisque la reconnaissance publique des injustices passées peut apaiser les ressentiments et favoriser un climat de confiance entre les différentes communautés. Cette reconnaissance confère aussi une légitimité aux efforts de justice transitionnelle en montrant que l'État reconnaît les souffrances des

³⁷⁴ De Greiff and Duthie *supra* note 339 à la p 58.

³⁷⁵ Teitel, *supra* note 247 à la p 87.

³⁷⁶ Duthie, *supra* note 27 à la p 257.

³⁷⁷ De Greiff and Duthie *supra* note 339 aux pp 59-60.

³⁷⁸ Chandra Lekha Sriram, « Beyond Transitional Justice: Peace, Governance, and Rule of Law » (2017) 19:1 *International Studies Review* à la p 60.

³⁷⁹ De Greiff and Duthie *supra* note 339 à la p 60.

victimes et s'engage à ne pas répéter les erreurs du passé³⁸⁰. En effet, en s'attaquant aux griefs passés, en promouvant l'obligation de rendre des comptes et en encourageant la confiance dans les institutions de l'État, les mesures de JT peuvent contribuer à créer un environnement plus sûr et plus stable pour les personnes déplacées qui retournent dans leur pays. Cette stabilité est cruciale pour garantir un retour durable et éviter de nouvelles vagues de déplacement³⁸¹.

Certains auteurs mettent toutefois en garde contre l'idée que la paix et la justice sont indivisibles en affirmant l'importance que la recherche de justice n'empêche pas la réalisation d'une paix durable. En effet, « la paix peut prévaloir sur la quête de justice, si cette quête met en danger la paix³⁸²», c'est-à-dire que la poursuite de la justice peut parfois mettre en péril la paix elle-même, surtout lorsque la partie victorieuse d'un conflit est peu encline à reconnaître ses torts. Dans de telles circonstances, Margalit plaide pour un compromis pragmatique : la recherche d'une « paix décente ». Il rejoint d'ailleurs l'idée de Kant en considérant qu'un compromis de paix ne peut être considéré comme décent s'il risque de déclencher un futur conflit³⁸³. En d'autres termes, une paix décente ne doit pas être un terreau fertile pour de futures violences ou injustices. L'argument de Margalit trouve d'ailleurs écho dans les défis de la JT et du développement. En effet, la consolidation de la paix après un conflit exige que la population ait confiance dans la possibilité d'obtenir réparation par des voies légales³⁸⁴, ce qui est particulièrement crucial pour les réfugiés qui peuvent être parmi ceux qui ont le moins confiance dans leur État d'origine.

Ainsi, le retour pour les réfugiés « doit être abordé comme une question de justice, car il s'agit avant tout d'un droit de l'homme ; le respect des droits n'est pas simplement une question de décence, mais une question de justice »³⁸⁵. Exiger une justice absolue pour les torts subis par les réfugiés avant d'envisager leur retour pourrait les maintenir indéfiniment dans une situation de précarité et de dépendance, alors qu'une paix décente, même si elle ne répond pas à toutes les exigences de la justice idéale peut

³⁸⁰ Arthur, *supra* note 127 aux pp 355-357.

³⁸¹ Duthie, *supra* note 27 à la p 255.

³⁸² Avishai Margalit, Decent Peace, The Tanner Lectures on Human Values, présentée à l'Université de Stanford, 4-5 Mai 2005, en ligne : < https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/m/Margalit_2006.pdf > à la p 194.

³⁸³ *Ibid* aux pp 208-223.

³⁸⁴ Marcus Lenzen, « Roads Less Traveled? Conceptual Pathways (and Stumbling Blocks) for Development and Transitional Justice » dans de Greiff et Duthie eds., *Transitional Justice and Development: Making Connections* à la p 82.

³⁸⁵ Bradley, *supra* note 21 aux pp 48-49.

permettre un retour digne et sûr des réfugiés en leur offrant ainsi la possibilité de reconstruire leur vie³⁸⁶.

Dans le cadre des accords de paix négociés pour résoudre les guerres civiles, le partage du pouvoir constitue un élément central qui vise à établir une paix durable et dont l'objectif est de définir les modalités de prise de décision collective au sein de l'État d'après-guerre et de répartir les compétences décisionnelles entre les groupes rivaux³⁸⁷. Cependant, cette approche peut exclure certains groupes, ce qui génère du ressentiment et potentiellement de nouveaux conflits. Ainsi, bien que ces incitations à participer puissent renforcer la légitimité des accords de paix, elles peuvent aussi contredire les principes de l'état de droit en permettant à des acteurs abusifs de conserver le pouvoir sans être tenus responsables de leurs actions passées rendant les amnisties et la justice transitionnelle inefficaces³⁸⁸.

En concevant des institutions qui équilibrent ou répartissent le pouvoir entre ces groupes, les responsables de l'élaboration du règlement ont l'intention que les groupes se sentent suffisamment en sécurité pour s'engager dans la routine de la « politique normale ». L'inclusion de multiples dimensions de partage du pouvoir dans un accord de paix permet aussi de renforcer la sécurité des acteurs impliqués, chaque dimension s'intensifiant mutuellement. De même, le partage du pouvoir économique peut améliorer les perspectives des groupes auparavant désavantagés³⁸⁹, en particulier les femmes qui sont victimes d'inégalités structurelles et sociales même avant le début des hostilités.

Par ailleurs, en encourageant la réforme du secteur de la sécurité, en soutenant les systèmes judiciaires et en promouvant la bonne gouvernance, les mesures de JT peuvent contribuer à créer des institutions plus justes et plus équitables. Les institutions renforcées sont mieux à même de répondre aux besoins des personnes déplacées et de prévenir de futures violations des droits de l'homme, assurant ainsi un environnement plus favorable au retour et à la réintégration³⁹⁰.

³⁸⁶ *Ibid* aux pp 44-45.

³⁸⁷ Caroline A. Hartzell et Matthew Hoddie, *Crafting Peace: Power-Sharing Institutions and the Negotiated Settlement of Civil Wars*, Penn State, Penn State University Press, 2007 à la p 5.

³⁸⁸ Sriram, *supra* note 368 aux pp 60-61.

³⁸⁹ Hartzell, *supra* note 377 aux pp 13-17.

³⁹⁰ Duthie, *supra* note 27 à la p 254.

2.4.4 Redressement et réintégration

En reconnaissant le caractère inacceptable des abus et violations à l'origine du déplacement, le principe de redressement vise à redonner au réfugié sa place de citoyen à part entière, soit celle d'un individu capable d'avoir et de faire valoir ses droits. Ce processus de réhabilitation du réfugié est essentiel pour lui permettre de revenir dans sa communauté d'origine la tête haute et de reconstruire sa vie sur des bases saines³⁹¹. Alors que la réintégration se concentre sur le processus de reconstruction de la vie dans le pays d'origine, le concept de redressement fait ressortir la nécessité d'aborder les injustices subies par les réfugiés et de créer les conditions d'un retour juste et durable. Si le concept d'un retour juste et celui d'un retour durable ont été abordés de manière distincte à différentes étapes de cette recherche, ces notions sont pourtant considérées comme étant interdépendantes. Premièrement, le retour juste est une condition essentielle à la durabilité du retour, car des conditions injustes ou indignes risquent de provoquer de nouveaux déplacements. Ensuite, un retour durable est nécessaire pour garantir que la justice du retour ne soit pas éphémère. Des différences notables existent toutefois entre les concepts. Le retour durable se concentre sur la pérennité du retour et vise à ce que les réfugiés qui retournent dans leur pays d'origine puissent y rester et reconstruire leur vie sans craindre de nouveaux déplacements forcés. Pour sa part, un retour juste met l'accent sur les conditions du retour. Il s'agit de garantir que le retour se fasse dans le respect des droits fondamentaux des réfugiés et permette la mise en place de mécanismes de redressement pour les torts subis tels que la restitution des biens, la compensation financière ou les excuses publiques³⁹². De mêmes manières, les réparations, qu'elles soient matérielles ou symboliques, visent à reconnaître les torts subis et à restaurer la dignité des victimes³⁹³.

Le paragraphe 59 du Rapport du Secrétaire général des Nations Unies sur la protection des civils dans les conflits armés de 2007 met d'ailleurs en évidence un aspect crucial pour la résolution des conflits et la construction d'une paix durable : la nécessité d'une approche « cohérente, systématique et globale » des questions de logement, de terre et de propriété³⁹⁴. Cette recommandation ne se limite d'ailleurs pas à une simple reconnaissance de l'importance de ces droits, mais propose des mesures concrètes pour une meilleure prise en compte de ces droits dans les efforts de consolidation de la paix, comme le fait d'intégrer

³⁹¹ Bradley, *supra* note 21 à la p 62.

³⁹² *Ibid* aux pp 44-59.

³⁹³ Donny Meertens, et Margarita Zambrano, « Citizenship Deferred: *The Politics of Victimhood, Land Restitution and Gender Justice in the Colombian (Post?) Conflict* » (2010) 4 *The International Journal of Transitional Justice* à la p 202.

³⁹⁴ Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils dans les conflits armés, Doc off NU CES S/2007/643 (2007) au para 59.

les questions de logements et de propriété comme un élément à part entière des mandats des futures missions de maintien de la paix et autres missions pertinentes de l'ONU. Par ailleurs, elle convient que les droits au logement et à la propriété soient systématiquement inclus dans tous les futurs accords de paix et résolutions pertinentes du CES et ce, afin d'assurer une approche plus préventive en matière de résolution des conflits³⁹⁵.

2.5 La restitution en tant que forme de réparation

Tel que le mentionne Van Boven, le Rapporteur spécial sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 2001 à 2004, la restitution doit « permettre de rétablir, dans la mesure du possible, la situation qui existait pour la victime avant les violations des droits de l'homme » et « exige, entre autres, le rétablissement de la liberté, de la citoyenneté ou de la résidence, de l'emploi ou de la propriété ». La restitution est d'ailleurs considérée comme une forme possible de réparation et fait référence au large spectre de mesures utilisées visant à rétablir le *statu quo ante* de la victime³⁹⁶. En vertu de l'article 13(2) de la DUDH, les États ont la responsabilité de fournir des réparations pour les violations commises par les régimes passés³⁹⁷. Cela signifie que la restitution n'est pas simplement une question de justice individuelle, mais qu'elle relève également de la responsabilité de l'État à rectifier les injustices passées au niveau collectif³⁹⁸.

De surcroît, les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* adoptés en 2005 par l'Assemblée générale conviennent que les pays doivent « respecter, faire respecter et appliquer » le DIH et le DIDH en assurant notamment « des recours suffisants, utiles, rapides et appropriés, y compris la réparation »³⁹⁹. À cet effet, l'État a d'ailleurs une double obligation : celle de respecter les droits humains en veillant notamment à ce que ses propres agents n'enfreignent pas ces droits, et le devoir de faire respecter ces droits ce qui ce qui le devoir de réparation

³⁹⁵ Khaled Hassine et Scott Leckie, *The United Nations Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons ("The Pinheiro Principles") : A Commentary* Leiden, Brill Nijhoff, 2016 à la p 359.

³⁹⁶ De Greiff, *supra* note 41 à la p 452.

³⁹⁷ *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, *supra* note 123 à l'article 13(2).

³⁹⁸ Chris Huggins, « Linking Broad Constellations of Ideas: Transitional Justice, Land Tenure Reform, and Development » dans de Greiff et Duthie eds., *Transitional Justice and Development: Making Connections* à la p 309.

³⁹⁹ *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Doc off AG NU 60/147, Doc NU A/RES/60/147 (2006) au para I 2c).

s'étend non seulement aux actes commis par des agents de l'État, mais aussi aux violations commises par des acteurs privés que l'État n'a pas su prévenir ou sanctionner⁴⁰⁰.

De plus, ces principes établissent cinq formes de réparation, soit la restitution, l'indemnisation, la réadaptation, la satisfaction et les garanties de non-répétition. Pour que ces mesures soient réellement effectives, il est nécessaire d'adopter une approche sensible au genre dans leur élaboration et leur mise en œuvre, car les femmes sont souvent victimes de formes spécifiques de violence, comme les violences sexuelles qui nécessitent des mesures de réparation adaptées⁴⁰¹.

À cet effet, l'adoption en 2005 des Principes concernant la restitution des logements et des biens dans le cas des réfugiés et des personnes déplacées (*Principes de Pinheiro*), que nous aborderons plus tard, a donné lieu à un changement de paradigme relativement aux droits au logement, à la terre et à la propriété, puisque pour la première fois, le droit de retour a été interprété comme donnant place à un droit de restitution⁴⁰². Par ailleurs, « le droit plus large à un retour volontaire, sûr et digne est désormais compris comme englobant non seulement le retour dans son pays d'origine, mais aussi dans son foyer d'origine »⁴⁰³.

L'impact de la restitution dépasse toutefois la sphère individuelle et s'étend à la transformation profonde de la société en s'attaquant aux injustices du passé. Ce processus se manifeste à travers plusieurs dimensions clés. D'abord, la restitution participe à la construction d'une mémoire collective et à l'établissement d'un récit national inclusif. Elle permet également de reconnaître les victimes et de leur rendre leur place dans l'histoire ce qui s'avère souvent un élément essentiel à la réconciliation nationale⁴⁰⁴. Ensuite, comme indiqué plus haut, la reconstruction de la confiance civique est un objectif primordial de la justice transitionnelle. À cet effet, la reconnaissance des torts subis et l'engagement d'un État à les réparer via les réparations constitue une possibilité pour reconstruire le tissu social. Finalement, les mesures de restitution, en clarifiant et en accroissant les droits de propriété, peuvent servir les objectifs de développement du pays en transition, notamment en permettant aux individus

⁴⁰⁰ Julie Guillerot, « Réparer les femmes victimes de violations massives des droits humains dans un contexte transitionnel », Séminaire présenté à Kinshasa pour l'International Center for Transitional Justice, juin 2007 [non publié] à la p 1.

⁴⁰¹ *Ibid* à la p 3.

⁴⁰² Ballard, *supra* note 18 à la p 466.

⁴⁰³ Hassine et Leckie, *supra* note 385 à la p 1.

⁴⁰⁴ Huggins, *supra* note 388 à la p 309.

de retrouver leurs biens et de reconstruire leur vie ce qui contribue à la stabilité économique et sociale⁴⁰⁵.

À cet égard, la restitution a acquis une importance significative en tant que remède aux violations graves des droits humains que causent les déplacements arbitraires, telles que « l'expulsion des minorités ethniques de leurs maisons et de leurs terres productives, et l'attribution de ces biens à des personnes d'ethnie rivale sur lesquelles on peut compter pour résister aux efforts de retour des anciens résidents »⁴⁰⁶.

Bien que droit à la restitution du logement et de la propriété dérive d'une part, des protections offertes contre les ingérences arbitraires et les expulsions par le droit à un logement adéquat, et d'autre part, du droit à un recours collectif, son existence et sa portée dans le DIDH sont toutefois moins claires. Cela se reflète notamment par des définitions vagues, et ouvre la porte à des interprétations divergentes du droit de propriété qui varient selon les contextes nationaux et régionaux ainsi que par le confinement de la majeure partie de son corpus normatif à la *soft law* non contraignante⁴⁰⁷.

2.5.1 Les Principes de Pinheiro : l'interrelation du droit de retour et du droit à la restitution

Bien que le droit au retour soit enchâssé dans le droit international relatif aux droits humains, les Principes de Pinheiro concernant la restitution des logements et des biens des réfugiés et des personnes déplacées, et adoptés par la *Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme des Nations Unies* en août 2005 vont plus loin, en reconnaissant le droit à la restitution des biens comme un élément essentiel de ce droit. De plus, ils s'appliquent non seulement aux réfugiés, mais également aux personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays et aux autres personnes déplacées dans des situations similaires. À cet effet, les Principes permettent de réfléchir le droit de retour collectif comme donnant suite à un droit individuel à la propriété en cherchant à établir « une approche de l'état de droit transparente, responsable et fondée sur les droits »⁴⁰⁸. Toutefois, les Principes de Pinheiro affirment que le droit à la restitution

⁴⁰⁵ De Greiff and Duthie *supra* note 339 aux pp 37-59.

⁴⁰⁶ Rhodri C. Williams, *The Contemporary Right to Property Restitution in the Context of Transitional Justice* New York, International Center for Transitional Justice, 2007 à la p 5 para B.

⁴⁰⁷ Paglione, *supra* note 77 à la p 395.

⁴⁰⁸ Scott Leckie, *Housing, Land, and Property Rights in Post-Conflict United Nations and Other Peace Operations : A Comparative Survey and Proposal for Reform*, New York, Cambridge University Press, 2009 à la p 9.

des biens est un droit distinct et indépendant du retour physique, ce qui signifie que les réfugiés ont le droit de revendiquer leurs biens même s'ils choisissent de ne pas retourner dans leur lieu d'origine⁴⁰⁹. Ces principes ont été développés en 2005 pour fournir des directives pratiques aux États, aux agences des Nations Unies et à la communauté internationale sur la manière de traiter les questions complexes de restitution de logement, de terre et de propriété dans les contextes post-conflit ou post-catastrophe. Ils visent à offrir une approche unifiée et universelle pour traiter efficacement les revendications de restitution en s'appuyant sur les normes internationales existantes en ce qui concerne les droits de l'homme et de droit humanitaire, et été conçus pour être une alternative sérieuse aux lois nationales dans les litiges relatifs au logement et à la propriété ainsi que pour proposer un modèle de réforme des lois nationales pertinentes. On considère d'ailleurs que l'objectif principal des Principes Pinheiro est de garantir une réparation complète et adéquate aux victimes de violations des droits⁴¹⁰.

À cet effet, les Principes Pinheiro ne créent pas de nouveaux droits, mais s'appuient sur les normes existantes s'agissant des droits de l'homme et de droit humanitaire. Notamment, ils réaffirment le droit à la restitution comme un élément essentiel de la réparation des violations des droits aux logements et à la propriété⁴¹¹. De plus, ils reflètent l'évolution de la jurisprudence internationale via, par exemple, le Conseil d'administration de l'UNCC qui a décidé que la notion de « préjudice corporel grave » ne se limite pas aux seules blessures physiques visibles ou invalidantes⁴¹², mais qu'elle englobe désormais explicitement les dommages physiques et mentaux résultant de violences sexuelles, de torture, de violences physiques graves, de prises d'otages ou de détentions illégales prolongées⁴¹³.

À travers tout le document, la restitution en nature (dite *in integrum*), qui implique la restitution des logements, terres et propriétés aux propriétaires légitimes est considérée comme la solution privilégiée. Cela est souligné par le fait que les Principes Pinheiro s'inscrivent dans la tradition qui identifie le retour comme la solution favorite au déplacement⁴¹⁴. À cet effet, le document débute en « reconnaissant que des

⁴⁰⁹ Paglione, *supra* note 77 à la p 404.

⁴¹⁰ Hassine et Leckie, *supra* note 385 aux pp 18-20.

⁴¹¹ *Ibid* à la p 17.

⁴¹² Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation, *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners Concerning the First Instalment of individual claims for Damages up to US\$100,000 (Category "C" claims)*, Doc off CES S/AC.26/1991/3 (1994) à la p 6 section 2.

⁴¹³ Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms : final report submitted by Theo van Boven Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, Doc off NU E/CN.4/Sub.2/1993/8 à la p 105.

⁴¹⁴ Bradley, « Durable Solutions and the Right of Return for IDP » *supra* note 24 à la p 219.

millions de réfugiés et de personnes déplacées dans le monde continuent à vivre dans des situations précaires et incertaines dans des situations précaires et incertaines, et que tous les réfugiés et personnes déplacées ont droit au retour volontaire, dans la sécurité et la dignité, dans leurs foyers et terres d'origine ou anciens foyers et terres habituels⁴¹⁵», ce qui traduit explicitement l'existence d'un droit pour chaque individu de retourner dans leur foyer d'origine⁴¹⁶.

Conséquemment, la section 2.1 des Principes de Pinheiro énonce clairement le droit à la restitution et à l'indemnisation en indiquant que « tous les réfugiés et personnes déplacées ont le droit de se voir restituer tout logement, terre et/ou bien dont ils ont été arbitrairement ou illégalement privés, ou d'être indemnisés pour tout logement, terre et/ou bien dont la restitution est matériellement impossible »⁴¹⁷. À cet effet, le Principe 21.1 réitère ce droit à une indemnisation intégrale et effective, mais seulement lorsque la restitution est impossible ou « lorsque la partie lésée accepte sciemment et volontairement une indemnisation au lieu d'une restitution, ou lorsque les termes d'un accord de paix négocié prévoient une combinaison de restitution et d'indemnisation »⁴¹⁸. Pourtant, le langage utilisé dans cet article rend ambigu le lien entre restitution et indemnisation puisqu'on y implique « que les individus ont effectivement un choix et que la compensation est une alternative même lorsque le logement n'est pas détruit»⁴¹⁹.

Pour sa part, le principe 21.2 précise les conditions qui rendent impossible la restitution considérant qu'une telle situation survient principalement lorsque ces biens sont détruits et rendent ainsi la restitution impossible. On y indique aussi qu'il incombe à un tribunal indépendant et impartial de déterminer cette impossibilité, en respectant les garanties de procédure décrites dans le Principe 13⁴²⁰. Bien que l'objectif de ce principe de protéger contre la discrimination soit louable, le pouvoir de l'État de déterminer la faisabilité de la restitution soulève des inquiétudes, notamment le fait que ce pouvoir discrétionnaire peut mener à l'exclusion des personnes déplacées du processus décisionnel concernant leur propre restitution et affecte négativement l'autonomie des réfugiés et personnes déplacées. En effet, les États,

⁴¹⁵ Commission des droits de l'homme, Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, *Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons*, Doc off NU E/CN.4/Sub.2/2005/17 [Principes de Pinheiro] dans le préambule.

⁴¹⁶ Smit, *supra* note 11 à la p 25.

⁴¹⁷ *Principes de Pinheiro*, *supra* note 406 à la section 2.1.

⁴¹⁸ *Ibid* au Principe 21.1.

⁴¹⁹ Paglione, *supra* note 77 à la p 408.

⁴²⁰ Leckie, « Housing, Land, and Property Rights » *supra* note 398 à la p 156.

parfois eux-mêmes acteurs du conflit, pourraient être tentés de privilégier certaines catégories de personnes déplacées ou certaines formes de restitution au détriment d'autres⁴²¹.

Toutefois, les juristes tendent à soutenir que la destruction d'un bien immobilier ne bloque pas nécessairement la restitution des droits pour les réfugiés et les personnes déplacées, puisque dans les cas où la restitution intégrale est impossible une compensation peut être envisagée comme solution alternative. Par ailleurs, les biens peuvent être partiellement détruits, ce qui nécessite de déterminer jusqu'à quel point un logement peut être restitué et repris en possession. De plus, la situation se complique s'il y a occupation secondaire et que ces derniers ont effectué des travaux. Dans de tel cas, les revendications de l'occupant secondaire pour une compensation des travaux réalisés doivent être considérées si le bien est restitué à son propriétaire initial. À cet effet, l'habitabilité est un critère important, mais pas toujours déterminant puisque la dégradation environnementale et la contamination posent également des défis pour la restitution notamment en ce qui concerne la restitution des terres⁴²². Bien qu'ils abordent la question des dommages causés aux biens pendant l'occupation, les Principes ne précisent pas clairement qui, entre le propriétaire initial, l'occupant secondaire et l'État, est responsable de l'entretien, des factures impayées ou des investissements effectués durant cette période. De même, ils ne fournissent pas de cadre clair pour gérer les situations où des biens ont été dépossédés à plusieurs reprises au cours de l'histoire comme ce fut le cas en ex-Yougoslavie par exemple. L'incapacité à déterminer un « point de départ pour la restitution » peut d'ailleurs entraîner des injustices et des frustrations pour les victimes de dépossessions plus anciennes⁴²³.

Ensuite, une interprétation littérale des Principes suggère que la praticabilité est définie par l'existence matérielle du logement et de la propriété, c'est-à-dire si le bien existe encore physiquement⁴²⁴. Cependant, le texte ne précise pas quel organisme ou quelle autorité devrait prendre cette décision, laissant ainsi une certaine ambiguïté sur la manière dont cette évaluation doit être effectuée. Cette absence de clarté peut poser des défis dans l'application des Principes, car elle ne fournit pas de directives précises sur le processus décisionnel concernant la praticabilité de la restitution⁴²⁵.

⁴²¹ Paglione, *supra* note 77 à la p 408.

⁴²² Leckie, « Housing, Land, and Property Rights » *supra* note 398 à la p 156.

⁴²³ Miriam J Anderson, *The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (The Pinheiro Principles): Suggestions for Improved Applicability* (2011) 24:1 *Journal of Refugee Studies* à la p 313.

⁴²⁴ Leckie, « Housing, Land, and Property Rights » *supra* note 398 à la p 19.

⁴²⁵ Paglione, *supra* note 77 à la p 408.

Comme mentionné, les Principes de Pinheiro ne considèrent pas le droit au retour comme un droit absolu à la restitution puisqu'ils reconnaissent qu'il peut y avoir des situations où la restitution n'est pas possible ou souhaitable. Cependant, les Principes soulignent que le droit à la restitution doit être respecté même si une personne déplacée choisit de ne pas retourner dans son logement, sa terre ou sa propriété d'origine. Ils affirment clairement que le droit à la restitution existe indépendamment du retour physique et ne doit pas être utilisé comme une incitation au retour⁴²⁶. Ils semblent donc privilégier la restitution des biens par rapport à la compensation financière, reléguant cette dernière à une situation de dernier recours, ce qui ne tient pas compte des situations où la compensation pourrait être une solution plus juste et plus adaptée aux besoins des personnes déplacées⁴²⁷.

À ces fins, les Principes 2.2 et 10.3 établissent des droits fondamentaux pour les réfugiés et les personnes déplacées concernant la restitution. D'abord, le Principe 2.2 affirme que le droit à la restitution est un droit distinct qui n'est pas conditionné par le retour ou le non-retour des réfugiés et des personnes déplacées⁴²⁸, ce qui signifie que même si une personne déplacée choisit de ne pas retourner dans son ancien lieu de résidence, elle conserve le droit de réclamer la restitution de ses biens. Ce principe souligne l'indépendance du droit à la restitution par rapport au retour physique, garantissant ainsi que les personnes déplacées ne perdent pas leurs droits de propriété simplement parce qu'elles ne retournent pas. Ensuite, le Principe 10.3 stipule que les réfugiés et les personnes déplacées ne doivent pas être contraints de retourner dans leurs anciens foyers⁴²⁹. Ils doivent avoir la liberté de chercher d'autres solutions durables au déplacement, telles que l'intégration locale ou la réinstallation dans un autre lieu sans que cela n'affecte leur droit à la restitution de leurs biens. Ensemble, ces principes visent à garantir que les droits des réfugiés et des personnes déplacées sont respectés, indépendamment de leur décision de retourner ou non à leur lieu d'origine⁴³⁰.

De nombreux points faibles ont toutefois été relevés concernant les Principes et leur application, notamment un manque de clarté et une application incohérente. En effet, les Principes restent vagues sur les critères d'éligibilité à un logement alternatif pour les occupants secondaires. Cette imprécision a mené à des situations où des personnes ayant déjà bénéficié d'une restitution dans un pays (ex : Bosnie-

⁴²⁶ *Ibid* aux pp 403-409.

⁴²⁷ Anderson, *supra* note 414 aux pp 307-315.

⁴²⁸ *Principes de Pinheiro*, *supra* note 406 au Principe 2.2.

⁴²⁹ *Ibid* au Principe 10.3.

⁴³⁰ Paglione, *supra* note 77 aux pp 309-310.

Herzégovine) continuaient d'occuper un logement dans un autre pays (ex : Croatie) tout en restant éligibles à un logement alternatif dans ce dernier. De même, ils n'abordent pas la question de la coordination transfrontalière pourtant essentielle lorsque les déplacements et les restitutions concernent plusieurs pays⁴³¹. De surcroît, les Principes de Pinheiro semblent adopter une vision étroite de la propriété en se basant notamment sur une conception occidentale de la propriété privée qui occulte la diversité des systèmes fonciers et des modes d'usage des terres qui existent ailleurs dans le monde. Les Principes reconnaissent « les droits des locataires, des occupants sociaux et des autres occupants ou utilisateurs légitimes » au Principe 16.1⁴³², mais ne fournissent pas de directives précises sur la manière de garantir la restitution ou la compensation dans des contextes où les systèmes fonciers sont différents. Une telle approche est d'ailleurs problématique dans la mesure où elle risque de marginaliser les communautés ayant des systèmes fonciers différents comme les populations nomades ou les groupes autochtones⁴³³.

Dans les faits, de nombreuses personnes déplacées, pour diverses raisons, ne souhaitent pas retourner dans leur lieu d'origine, et l'absence d'un mécanisme de compensation juste et accessible constitue un obstacle au retour, car les personnes concernées peuvent se sentir obligées de choisir la restitution même si cela ne correspond pas à leurs besoins ou à leurs souhaits. Aussi, s'ils choisissent d'effectuer un retour, la présence d'occupants secondaires dans les logements abandonnés peut s'avérer une autre contrainte majeure à la restitution, et par conséquent, au retour des personnes déplacées. Par ailleurs, le manque de communication et d'échange d'informations a permis à certaines personnes de bénéficier de la restitution dans un pays tout en continuant à occuper un logement dans un autre créant ainsi un système inéquitable qui empêche d'autres personnes de rentrer chez elles. Ainsi, bien que représentant une avancée dans le domaine du traitement du retour et de la restitution par le droit international, les Principes de Pinheiro peinent à répondre totalement aux obstacles à la restitution des biens qui entravent le retour effectif des personnes déplacées⁴³⁴.

Si, dans la théorie, la justice transitionnelle semble à même de répondre aux déplacements forcés et assurer le retour des réfugiés femmes, dans la mesure où elle utilise des mesures sensibles au genre pour pallier les lacunes reconnues par les juristes féministes, il est nécessaire de vérifier si l'application pratique

⁴³¹ Anderson, *supra* note 414 aux pp 307-315.

⁴³² *Principes de Pinheiro*, *supra* note 406 au Principe 16.1.

⁴³³ Anderson, *supra* note 414 à la p 317.

⁴³⁴ *Ibid* aux pp 311-317.

de ces mesures et mécanismes s'ensuit un retour effectif. À cet effet, le prochain chapitre consiste en une analyse de cas, soit celui de la Bosnie-Herzégovine.

CHAPITRE 3

LE DROIT DE RETOUR VIA LES MÉCANISMES DE JUSTICE TRANSITIONNELLE : LE CAS DE LA BOSNIE-HERZEGOVINE

Le troisième et dernier chapitre de ce mémoire traite du droit de retour en Bosnie-Herzégovine, en se concentrant sur ses origines, ses implications sur la société, et sur le rôle de la justice transitionnelle dans la reconstruction du pays. Cette section s'articule autour de trois axes principaux : l'éclatement de la Yougoslavie et l'émergence de la guerre en Bosnie-Herzégovine, les conséquences de cette guerre en matière de violations de droits humains, en particulier pour les femmes, ainsi que le rôle complexe de la justice transitionnelle dans la résolution du conflit, dans la reconstruction, et dans le retour des réfugiés. Si le cas de la Bosnie n'est pas le seul dans l'histoire ayant fait l'objet d'un retour pour les réfugiés, il s'agit toutefois d'une des seules expériences du type considérée comme étant réussie par une bonne partie des experts, et dont les mécanismes, datant de plus de 20 ans, sont assez matures pour faire l'objet d'une analyse.

D'abord, on y met en évidence le rôle des leaders et de la rhétorique nationaliste dans la mobilisation de la violence et le déclenchement du conflit en Bosnie-Herzégovine. En effet, la mort de Tito en 1980 a engendré un vide politique, que des groupes nationalistes ont exploité pour attiser les tensions ethniques et mobiliser le soutien de leurs communautés respectives en exploitant des griefs historiques non résolus et en présentant les autres groupes ethniques comme des menaces. Ces techniques de propagande ont provoqué des violations graves de droit humain commises par des officiels, des groupes paramilitaires ainsi que par des civils, notamment le nettoyage ethnique qui a forcé le déplacement des populations minoritaires hors de la Bosnie et ailleurs sur le territoire. Le chapitre souligne aussi l'utilisation de la violence sexuelle comme arme de guerre, et ses impacts sur la situation particulière des femmes, à la fois dans le contexte de la guerre et en période de post-conflit.

La fin de la guerre a été marquée par la signature des Accords de Dayton qui ont eu des implications significatives pour le droit au retour des réfugiés en entérinant notamment plusieurs principes de droit humains, et en favorisant la création d'organes et mesures assurant la JT, dont la Commission indépendante pour les personnes déplacées et les réfugiés, le Plan de Mise en œuvre du droit de Propriété et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et Initiative RECOM. Leur analyse permet d'aborder les défis rencontrés par ces mécanismes et leur impact mitigé sur la situation des femmes en Bosnie, tout en mettant en évidence la persistance des tensions ethniques et les obstacles encore présents au retour des réfugiés. À cet effet, le chapitre conclut en soulignant l'importance d'une approche plus globale et inclusive de la justice transitionnelle qui tienne compte des besoins spécifiques des femmes et des causes profondes du conflit, qui relèvent souvent de la l'existence et de la subsistance du patriarcat dans les sociétés.

3.1 Le conflit en Bosnie-Herzégovine

Le conflit en Bosnie-Herzégovine qui a officiellement perduré de 1992 à 1995 s'inscrit dans le contexte plus général de l'éclatement du bloc communiste qui a marqué la fin de la Guerre froide. Si avant sa mort en 1980, le dirigeant Josip Tito avait réussi à maintenir une certaine unité en Yougoslavie en équilibrant les intérêts des divers groupes ethniques qui composaient le pays, son départ a engendré un vide politique menant à des tensions entre les groupes nationalistes qui a exacerbé les divisions ethniques déjà existantes⁴³⁵. À cet effet, la Yougoslavie d'avant-guerre était un État multinational composé de six républiques (Slovénie, Croatie, Serbie, Bosnie-Herzégovine, Monténégro et Macédoine) et de deux provinces autonomes (Kosovo et Voïvodine). Chaque république abritait différents groupes ethniques et religieux, la Bosnie-Herzégovine se distinguant d'ailleurs par sa grande diversité ethnique avec un mélange de Bosniaques (musulmans), de Serbes (orthodoxes) et de Croates (catholiques)⁴³⁶.

Déjà fragilisée par des divisions ethniques, des nationalismes croissants et un héritage politique complexe, la Yougoslavie a vu sa situation se détériorer au tournant des années 1990 par une crise économique qui a agi comme un catalyseur en aggravant les tensions sociales et politiques préexistantes. En effet, la crise a exacerbé les fragilités étatiques et a créé un climat favorable à l'instrumentalisation des frustrations populaires par les groupes nationalistes cherchant l'homogénéisation ethnique de ses territoire⁴³⁷. Cette plus grande attention de la société civile aux discours populistes s'explique principalement par les difficultés économiques croissantes de la population aux prises avec une baisse générale du niveau de vie, une hausse du taux de chômage allant jusqu'à 30 % chez les populations de jeunes en milieux ruraux⁴³⁸ ainsi que par le plafonnement de l'inflation⁴³⁹.

Face à cette crise, le gouvernement central s'est montré incapable de mettre en œuvre des politiques économiques efficaces et de répondre aux besoins de la population, ce qui a poussé les républiques à réclamer davantage d'autonomie, voire l'indépendance pour certaines. En conséquence, et après une série de négociations infructueuses entre les six républiques et le gouvernement yougoslave⁴⁴⁰, la Croatie

⁴³⁵ Bradley, *supra* note 21 à la p 122.

⁴³⁶ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 76.

⁴³⁷ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 76.

⁴³⁸ Michael Mann, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, New York: Cambridge University Press, 2005 à la p 383.

⁴³⁹ Bradley, *supra* note 21 aux pp 122-123.

⁴⁴⁰ Eric Rosand, «The Right to Return under International Law Following Mass Dislocation: The Bosnia Precedent» (1998) 19 MICH. J. INT'L L. à la p 1092 note 5.

et la Slovénie ont déclaré unilatéralement leur indépendance en 1991, ce qui a marqué un tournant décisif dans le processus de dislocation de la Yougoslavie⁴⁴¹.

Voyant fin de la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) approcher et afin de maintenir l'unité du pays et empêcher ces sécessions, la Yougoslavie a déployé l'Armée populaire yougoslave (JNA) dans les États nouvellement indépendants. Des années de conflit s'en sont suivies, touchant graduellement les autres Républiques yougoslaves et certaines de leurs régions et menant à l'apparition d'un véritable conflit interne sur lequel le Conseil des Nations Unies s'est penché⁴⁴². À cet effet, la Résolution 713 est adoptée le 25 septembre 1991 imposant un embargo général sur les armes et équipements militaires à destination de la RFSY⁴⁴³ une mesure qui n'a toutefois pas réussi à enrayer les hostilités⁴⁴⁴.

Encouragées par la reconnaissance internationale de la Croatie et de la Slovénie, les autorités bosniaques ont souhaité la sécession⁴⁴⁵, suscitant l'opposition des Serbes de Bosnie qui ont créé leur propre république pour rester yougoslaves⁴⁴⁶. Un référendum a mené à l'indépendance de la Bosnie en mars 1992, et son indépendance a été reconnue internationalement en avril de la même année⁴⁴⁷. Cette décision, prise dans un contexte de montée des nationalismes serbe et croate a déclenché une guerre sanglante au cours de laquelle les Serbes ont eu recours au nettoyage ethnique, une stratégie brutale visant à expulser par des déplacements forcés ou éliminer les populations non serbes des territoires convoités⁴⁴⁸.

Les combats se sont intensifiés, et à partir d'avril 1992 l'armée des Serbes de Bosnie, qui avait été rejointe par certaines des unités de l'armée yougoslave restées sur place a imposé un siège dans la capitale de Sarajevo⁴⁴⁹. En réponse aux violences en hausse, et à l'instar de la Résolution 713, le CSNU reconnaît

⁴⁴¹ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 77.

⁴⁴² Pierre Klein, « The Intervention in Bosnia and Herzegovina—1992–95 » dans Tom Ruys, Olivier Corten, et Alexandra Hofer eds., *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2018 à la p 495.

⁴⁴³ *Résolution 713 (imposing a general and complete embargo on all deliveries of weapons and military equipment to Yugoslavia)*, Rés SC NU, 3009^e séance, Doc NU S/RES/713 (1991) [Résolution 713]

⁴⁴⁴ Klein, *supra* note 433 à la p 495.

⁴⁴⁵ Rosand, *supra* note 431 à la p 1092.

⁴⁴⁶ Klein, *supra* note 433 aux pp 495-496.

⁴⁴⁷ Rosand, *supra* note 431 à la p 1092.

⁴⁴⁸ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 77-78.

⁴⁴⁹ Klein, *supra* note 433 aux pp 496-497.

que « la situation en Yougoslavie continue de constituer une menace pour la paix et la sécurité internationales »⁴⁵⁰ et adopte la Résolution 743 le 21 février 1992. La *Force de protection des Nations Unies en Yougoslavie* (FORPRONU), destinée à « préparer les conditions nécessaires pour négocier un règlement global de la crise yougoslave » est mise en action par la même résolution avec un contingent d'environ 13 000 soldats⁴⁵¹.

Bien que la FORPRONU ait commencé par se concentrer sur la Croatie, la détérioration rapide de la situation en Bosnie signifiait que l'attention de l'ONU devait également s'y étendre. À cet effet, le Conseil de sécurité de l'ONU a demandé à plusieurs reprises le désarmement des forces irrégulières sur le territoire bosniaque⁴⁵² et la cessation de « toutes les formes d'ingérence extérieure en Bosnie-Herzégovine » notamment via la Résolution 749 du SC qui faisait suite aux conflits en Croatie et était destinée à superviser la mise en œuvre du cessez-le-feu afin d'assurer la création de conditions nécessaires à un règlement pacifique du conflit⁴⁵³. En raison des déplacements massifs de populations engendrés par la guerre et des campagnes de nettoyages ethniques, l'ONU a considéré l'usage de la force comme étant nécessaire au rétablissement de la paix et de la sécurité en Bosnie⁴⁵⁴. À cet effet, la Résolution 770 appelait les États membres à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter la livraison de l'aide humanitaire en Bosnie-Herzégovine⁴⁵⁵.

3.1.1 Nettoyage ethnique et déplacements forcés

La guerre en Bosnie a coûté la vie à plus de 100 000 victimes en plus de forcer le déplacement de plus de la moitié de la population en raison notamment d'attaques armées et de viols systémiques utilisés à des fins d'épuration ethnique. L'ampleur de ces déplacements est d'ailleurs soulignée par le fait que le pays a connu la pire crise de réfugiés qu'ait connue l'Europe depuis la Seconde Guerre mondiale⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ Résolution 743 (*on establishment of the United Nations Protection Force*), Rés SC NU, 3055^e séance, Doc off NU S/RES/743 (1992) [Résolution 743] au para 5.

⁴⁵¹ Klein, *supra* note 433 aux pp 496-497.

⁴⁵² *Ibid* à la p 497.

⁴⁵³ Résolution 749 S/RES/749(1992)

⁴⁵⁴ Klein, *supra* note 433 à la p 497.

⁴⁵⁵ Résolution 770 (*on humanitarian assistance to Sarajevo and other parts of Bosnia and Herzegovina*), Rés SC NU, 3055^e séance, point 105, Doc off NU S/RES/770 (1992)[Résolution 770].

⁴⁵⁶ Human Rights Watch, « *A Chance for Justice: War Crime Prosecution in Bosnia's Serb Republic* » (2006) 18: 3(D) *Human Rights Watch* à la p 1-3.

Le terme nettoyage ethnique désigne l'élimination systématique de groupes ethniques d'un territoire donné⁴⁵⁷. Dans le contexte de la guerre en Bosnie, cette technique s'oppose au pluralisme ethnique et religieux et se base sur l'exclusion de groupes minoritaires ce qui engendre une « intolérance et une méfiance vis-à-vis des autres groupes ethniques et religieux et favorisent l'éclosion de la violence lorsqu'elles sont manipulées à des fins politiques, ce qui a été la cas »⁴⁵⁸. Dans les faits, le terme « nettoyage ethnique » est une traduction directe de l'expression serbo-croate/croato-serbe « etničko čišćenje ». Bien qu'il soit difficile de déterminer qui a utilisé cette expression en premier, il est suggéré qu'elle faisait partie du jargon militaire de l'Armée nationale yougoslave (JNA), et qu'elle désignait la politique consistant à expulser les Croates et les musulmans des territoires conquis et revendiqués par la Yougoslavie à savoir la Serbie, le Monténégro et la Macédoine⁴⁵⁹.

Si le terme est tristement devenu célèbre en raison des conflits en ex-Yougoslavie⁴⁶⁰, les déplacements forcés de populations « définies par leur appartenance ethnique (race, langue, religion, culture, etc.) » afin d'obtenir le contrôle d'une zone, par le fait même « nettoyant ce territoire d'un groupe particulier » ne sont pourtant pas un phénomène nouveau. Comme abordé dans le premier chapitre et confirmé par de nombreux auteurs tels que Jackson, « les déplacements arbitraires ont été un instrument de création d'États-nations aussi longtemps que les États-nations homogènes ont été la forme idéale d'organisation politique »⁴⁶¹. En conséquence, la raison sous-jacente au déplacement de populations est de sécuriser des zones définies en termes ethniques en créant un territoire habité uniquement par le groupe dominant, souvent afin de renforcer les revendications de changements de frontières internationales ou pour affermir le contrôle sur des régions frontalières en litige⁴⁶².

Durant le conflit, la Bosnie est devenue le théâtre d'affrontements ethniques d'une rare violence où les aspirations nationalistes se sont exprimées par des atrocités qui ont d'ailleurs été commises par toutes les parties au conflit. Les forces serbes et, dans une moindre mesure croate, ont été responsables des violations les plus graves. Peu de sources réfutent d'ailleurs le fait que les Serbes ont été les plus

⁴⁵⁷ Mahmoud Bassiouni, *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, Chicago, International Human Rights Law Institute, 1996 à la p 1.

⁴⁵⁸ *Report of the Commission of Experts Established Pursuant to United Nations Security Council Resolution 780 (1992)*, Doc off SC NU S/1994/674 (1994) [Report of the Commission of Experts] au para 131.

⁴⁵⁹ Drazen Petrovic, « Ethnic Cleansing: An Attempt at Methodology »(1994) 5 EUR. J. INT'L L. aux pp 342-343.

⁴⁶⁰ Bassiouni, *supra* note 448.

⁴⁶¹ Jennifer Jackson Preece, « Ethnic Cleansing as an Instrument of Nation-State Creation: Changing State Practices and Evolving Legal Norms » (1998) 20:4 Human Rights Quarterly à la p 818.

⁴⁶² *Ibid* à la p 821.

impliquées dans les violations de droits humains sur le territoire Yougoslave⁴⁶³. Par le biais de campagnes brutales comprenant des massacres, des viols systématiques, des détentions massives et des expulsions forcées, les forces serbes entendaient à purger la Bosnie des individus issus des autres ethnies afin d'y créer un nouvel État serbe « ethniquement pur » en Bosnie nommé la Republika Srpska⁴⁶⁴. Les techniques utilisées à cet effet ont été répertoriées dans le *Rapport final de la commission d'experts constitué conformément à la résolution 780 (1992)* du Conseil de Sécurité ainsi :

assassinats, tortures, viols et autres sévices sexuels ; graves dommages corporels causés aux civils ; mauvais traitements infligés aux prisonniers civils et aux prisonniers de guerre ; utilisation de civils comme boucliers humains ; destruction de biens personnels, publics et culturels ; vols et pillages ; expropriations forcées ; déplacement de populations civiles contre leur gré et attaques contre les hôpitaux, le personnel médical et les installations portant l'emblème de la Croix-Rouge/du Croissant-Rouge⁴⁶⁵.

Par ailleurs, le conflit a entraîné la destruction de nombreux villages et structures immobilières par des explosions et des incendies, notamment des monuments et autres « éléments du patrimoine culturel et religieux »⁴⁶⁶. Afin d'effacer toutes traces de la coexistence multiethnique en Bosnie, les forces serbes ont aussi procédé à la destruction systématique des registres de propriété d'avant-guerre,⁴⁶⁷ ce qui a aussi eu pour effet de compliquer le retour des déplacés. Sans ces registres, il est devenu extrêmement difficile, voire impossible, de prouver la propriété des biens et d'établir les droits légitimes des demandeurs sur ce qui était auparavant à eux. Le système socialiste a laissé un héritage de lois sur la propriété complexe et difficile à naviguer en Bosnie, ce que la destruction des registres fonciers et la légitimation de la reprise des maisons abandonnées ont exacerbé⁴⁶⁸. De plus, les lois sur la propriété adoptées pendant la guerre ont contribué à consolider le nettoyage ethnique en permettant aux personnes qui avaient occupé les maisons de ceux qui avaient fui la région de conserver ces biens ce qui rendait difficile le retour des précédents propriétaires⁴⁶⁹.

La propagande et la désinformation ont été essentielles pour justifier le nettoyage ethnique et mobiliser le soutien de la population. Les médias nationalistes, comme la radio et la télévision, ont

⁴⁶³ Bradley, *supra* note 21 à la p 122.

⁴⁶⁴ Mann, *supra* note 429 à la p 395.

⁴⁶⁵ *Report of the Commission of Experts*, *supra* note 450 au para 134.

⁴⁶⁶ *Ibid* au para 136.

⁴⁶⁷ Bradley, *supra* note 21 à la p 122.

⁴⁶⁸ *Ibid supra* note 21 à la p 131.

⁴⁶⁹ Rosand, *supra* note 431 à la p 1100.

diffusé une vision déformée de la réalité, diabolisant les autres groupes ethniques et présentant le nettoyage ethnique comme une mesure de défense vitale, alimentant ainsi la peur et la méfiance. La coupure des communications téléphoniques entre les différentes régions a aussi isolé les populations, les empêchant d'accéder à d'autres sources d'information et de remettre en question la propagande nationaliste⁴⁷⁰.

Paradoxalement, l'arrivée massive de réfugiés fuyant les exactions commises dans d'autres régions de Bosnie a contribué à renforcer l'homogénéisation ethnique. En effet, ces réfugiés, souvent animés par la peur et la soif de vengeance, se sont regroupés dans des zones où leur communauté était majoritaire créant ainsi des « enclaves ethniques »⁴⁷¹. Bien que dans des mesures distinctes, il est considéré que cette campagne de nettoyage ethnique s'est « renforcée mutuellement, car l'arrivée de personnes de même confession expulsées d'autres régions de Bosnie a contribué à renforcer l'homogénéité des enclaves ethniques émergentes tout autant que l'expulsion des minorités locales »⁴⁷². En déplaçant de force les populations indésirables, les autorités locales pouvaient s'assurer un soutien politique accru de la part de leur base nationaliste et s'appropriier les terres, les maisons et les entreprises appartenant aux groupes expulsés⁴⁷³. Par ailleurs, la destruction de biens et les déplacements massifs de population qui ont résulté d'atrocités à motivation ethnique ont entraîné de graves problèmes de logement. De nombreuses maisons ont été abandonnées, vidées ou détruites, tandis qu'un grand nombre de personnes déplacées se sont retrouvées sans logement adéquat⁴⁷⁴.

Chaque acte de violence, même s'il était initialement isolé ou commis par une minorité radicale, était notamment instrumentalisé pour justifier des représailles souvent disproportionnées de la part de l'autre communauté dans ce que certains auteurs appellent une « provocation mutuelle ». Cette logique de la vengeance a d'ailleurs conduit à une situation où les victimes devenaient à leur tour bourreaux, s'en prenant non pas aux auteurs des violences précédentes, mais à des membres de l'autre communauté perçus comme étant aussi des ennemis. Cette peur et diabolisation de « l'autre »

⁴⁷⁰ Mann, *supra* note 429 à la p 383.

⁴⁷¹ Bradley, *supra* note 21 à la p 124.

⁴⁷² Williams, «The Contemporary Right» *supra* note 396 à la p 33.

⁴⁷³ Charles Philpott, « From the Right to Return to the Return of Rights: Completing Post-war Property Restitution in Bosnia Herzegovina » (2006) 18:1 International Journal of Refugee Law à la p 37.

⁴⁷⁴ Rosand, *supra* note 431 à la p 1099.

encourageaient les individus à effectuer un repli identitaire et à chercher protection auprès de leur propre communauté⁴⁷⁵.

3.1.1.1 Le rôle des groupes paramilitaires

La désintégration yougoslave a vu l'essor d'un nationalisme ethnique diabolisant « l'autre » et justifiant la violence. La crise économique a radicalisé les jeunes hommes bosniens, proies faciles pour les groupes paramilitaires qui recrutaient en promettant aventure et vengeance. L'implication des groupes paramilitaires a contribué à une escalade rapide de la violence dépassant le cadre d'un conflit armé traditionnel entre forces régulières⁴⁷⁶. Notamment, l'effondrement de l'armée yougoslave et l'éclatement du conflit ont entraîné une prolifération massive d'armes légères et de munitions, notamment puisque les soldats démobilisés rapportaient souvent des armes et des explosifs dans leurs foyers et que ces dernières étaient facilement accessibles sur le marché noir ce qui a permis aux groupes paramilitaires de se former et de prospérer⁴⁷⁷. Les radicaux distribuaient aussi des armes aux citoyens serbes qui les acceptaient souvent puisque le silence et la neutralité étaient difficiles à tenir, et ceux qui refusaient de prendre parti ou de soutenir la cause nationaliste étaient souvent accusés de lâcheté, de trahison ou de manque de patriotisme⁴⁷⁸.

La création des groupes paramilitaires indépendants de l'armée yougoslave régulière a eu des conséquences dévastatrices sur la cohésion sociale et la confiance entre les communautés, notamment en instaurant une culture d'impunité rendant la réconciliation d'autant plus difficile. Ces groupes, souvent caractérisés par leur brutalité et leur absence de liens directs avec les structures militaires officielles, ont joué un rôle central dans l'escalade de la violence et la perpétration de crimes de guerre, y compris le nettoyage ethnique, en bénéficiant du soutien logistique et matériel de l'armée yougoslave. Cette relation ambiguë a d'ailleurs permis aux acteurs étatiques de nier leur implication directe dans les atrocités commises, tout en tirant parti de la violence des paramilitaires pour atteindre leurs objectifs stratégiques⁴⁷⁹.

⁴⁷⁵ Mann, *supra* note 429 aux pp 383-386.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ Denisa Kostovicova, Vesna Bojicic-Dzelilovic et Marsha Henry, « Drawing on the Continuum: A War and Post-War Political Economy of Gender-Based Violence in Bosnia and Herzegovina » (2020) 22:2 International Feminist Journal of Politics à la p 257.

⁴⁷⁸ Mann, *supra* note 429 à la p 389.

⁴⁷⁹ *Ibid* aux pp 383-397.

3.1.2 Les violences de genre

Bien qu'après la Seconde Guerre mondiale, les femmes yougoslaves aient obtenu des droits importants tels que le droit de vote et l'engagement envers l'égalité des sexes, une baisse notable du nombre de femmes dans la sphère publique a été remarquée dans les années 1980. Cette marginalisation s'est notamment traduite par une sous-représentation des femmes dans les instances décisionnelles et une invisibilisation de leurs préoccupations dans les débats publics⁴⁸⁰.

À cet égard, les femmes yougoslaves, perçues au sein de leurs communautés respectives comme des vecteurs de l'identité nationale et des symboles de la pureté ethnique, ont été particulièrement touchées par les dynamiques sociales inégalitaires puisque « le nationalisme s'est développé en même temps que la misogynie ». Dans les années 80-90, la popularité des représentations essentialistes des femmes comme étant des « mères de soldats » ainsi que des « gardiennes de la vertu nationale » avait d'ailleurs une utilité politique, dans la mesure où un tel discours servait à mobiliser les femmes autour d'un idéal national central tout en les confinant à des rôles traditionnellement féminins et relevant de la sphère privée, les empêchant ainsi d'avoir une voix politique indépendante⁴⁸¹.

Dans leurs tentatives d'unifier la nation via le nettoyage ethnique, les nationalistes s'emparent de l'histoire, la réécrivent et la manipulent pour servir leurs intérêts en s'appuyant notamment sur des mythes fondateurs pour construire une identité nationale « pure » et « héroïque ». Ces récits excluent souvent les femmes, car elles sont associées à la maternité et au mélange des sangs et représentent une menace pour la pureté fantasmée de l'identité nationale. Elles sont alors perçues comme un élément perturbateur, susceptible de corrompre la nation et leur place est alors reléguée à la sphère privée, loin des affaires publiques et politiques, ce qui exacerbe la peur de « l'autre »⁴⁸².

3.1.2.1 Les violences sexuelles comme arme d'épuration ethnique

Les recherches mettent en évidence l'utilisation systématique de la violence sexuelle comme arme de guerre en Bosnie. À cet effet, les violences sexuelles perpétrées envers les femmes, loin d'être de simples « dommages collatéraux », visaient à humilier l'ennemi, à terroriser les populations et à affirmer

⁴⁸⁰ Rada Ivekovic, « Women, Democracy and Nationalism after 1989: The Yugoslav Case » (1995) 16:1 Canadian Woman Studies à la p 13.

⁴⁸¹ *Ibid* à la p 10.

⁴⁸² Ivekovic *supra* note 471 à la p 12-13.

une domination masculine brutale sur la nation et ses ressortissants⁴⁸³. On estime d'ailleurs à 20 000 individus les victimes femmes, filles, et dans une moindre mesure masculine des conflits en Yougoslavie⁴⁸⁴. Le conflit en Bosnie s'est d'ailleurs caractérisé par la nature planifiée et systématique des violences sexuelles commises⁴⁸⁵ alors qu'on estime que plus de 50 % de la population féminine âgée de plus de 15 ans a été victime d'au moins une forme de violence⁴⁸⁶. Le viol, l'esclavage sexuel, la torture et d'autres formes de violence sexuelle ont ainsi été infligés majoritairement aux femmes pour les humilier, les terroriser et les briser psychologiquement⁴⁸⁷, notamment de la part des forces serbes contre les populations civiles non serbes en particulier, les musulmanes bosniaques afin d'imposer un sentiment de « souillure » ethnique⁴⁸⁸.

Ces crimes ont d'ailleurs été perpétrés dans divers contextes durant le conflit : aux domiciles des victimes, dans des centres de détention, dans des postes de police et même dans ce que certains auteurs appellent des « hôtels de viols », soit un lieu, souvent un hôtel ou un autre type de bâtiment utilisé par les forces armées ou paramilitaires pour confiner et violer de manière systématique des femmes et des filles. Des femmes étaient enlevées et détenues dans des lieux secrets, souvent des hôtels ou des appartements, où elles subissaient des viols répétés pendant des semaines, voire des mois⁴⁸⁹.

En ciblant les femmes, gardiennes de la famille et de l'identité culturelle, les agresseurs cherchaient à briser le tissu social des communautés non serbes⁴⁹⁰. À ces fins, les viols étaient souvent commis en public et devant des témoins pour maximiser l'humiliation et la terreur et ainsi les inciter à fuir leurs foyers et abandonner leurs terres. Dans le cas des viols commis à l'intérieur du foyer des victimes, il était répandu que des soldats entrent de force dans les maisons et violent les femmes devant leur famille⁴⁹¹.

⁴⁸³ Mann, *supra* note 429 à la p 420.

⁴⁸⁴ Conseil de l'Europe, AP, *Resolution 1670 (2009)* [sur les Violences sexuelles contre les femmes dans les conflits armés], textes adoptés (2009), en ligne : < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17741&lang=en> > au para 6.

⁴⁸⁵ Kostovicova et al., *supra* note 468 à la p 256.

⁴⁸⁶ *Ibid* à la p 257.

⁴⁸⁷ Rosand, *supra* note 431 à la p 1097.

⁴⁸⁸ Kostovicova et al., *supra* note 468 à la p 256.

⁴⁸⁹ Susana Sácouto et Chanté Lasco, « Staying the Course: A Call for Sustained Support of Accountability for Conflict-Related Sexual Violence in Bosnia and Herzegovina » dans Solange Mouthaan et Olga Jurasz, *Gender and War : International and Transitional Justice Perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2019 à la p 314.

⁴⁹⁰ Bassiouni, *supra* note 448 à la p 3.

⁴⁹¹ Sácouto et Lasco, *supra* note 480 à la p 314.

Par ailleurs, la crise économique a renforcé la précarité économique des femmes en les reléguant à des emplois souvent moins bien rémunérés que ceux de leurs compatriotes masculins, renforçant ainsi leur dépendance économique vis-à-vis des hommes, limitant leur autonomie et les rendant plus vulnérables aux violences domestiques⁴⁹². Les femmes étaient d'ailleurs encouragées à garder le silence sur les violences conjugales qu'elles vivent par peur de représailles, en raison du sentiment de honte lié aux violences et dû à la pression sociale pour préserver l'unité familiale même au prix de leur propre sécurité ce qui a renforcé l'isolement social et la vulnérabilité des femmes bosniaques⁴⁹³.

Si les violences envers les femmes ont été prépondérantes durant la guerre en Bosnie, la fin de cette dernière n'a pas nécessairement signifié la fin des violences subies. À cet effet, utiliser le concept de « continuum de violences » nous permet de « contextualiser les expériences des femmes à travers un éventail de comportements, d'incidents et d'expériences, en les intégrant dans des explications structurelles plutôt que purement individuelles ou émotionnelles », notamment en politisant les violences vécues par les femmes dans la sphère privée telles que les violences sexuelles⁴⁹⁴.

Comme les expériences des femmes sont subjectives à chacune, et que les définitions de ce que constitue ou non une agression est unique à ces-dernières et varie en fonction de multiples facteurs dont la relation avec l'agresseur et la nature des violences elles-mêmes, le concept de continuum vise à « mettre en évidence que la violence sexuelle existe dans la plupart des vies des femmes, même si la force qu'elle revêt varie comme la façon dont les intéressées définissent les faits »⁴⁹⁵. Ce concept contient aussi un aspect temporel qui comprend à la fois les phases de paix et les phases de conflit à toutes les étapes de la guerre et de la période post-conflit⁴⁹⁶, ce qui nous permet « d'examiner la nature cyclique de la violence patriarcale en établissant des liens entre les différentes formes et manifestations du pouvoir sexospécifique sur et au-dessus des femmes »⁴⁹⁷.

⁴⁹² Ivecovic *supra* note 471 à la p 10.

⁴⁹³ Kostovicova et al., *supra* note 468 aux pp 256-257.

⁴⁹⁴ *Ibid* à la p 253.

⁴⁹⁵ Liz Kelly, traduit de l'anglais par Marion Tillous, « Le continuum de la violence sexuelle » (2019) 1 :66 Cahiers du Genre aux pp 21-23.

⁴⁹⁶ Cynthia Cockburn, « A Continuum of Violence: Gender, War and Peace » dans Ruth Jamieson, *The Criminology of War*, London, Routledge, 2017 aux pp 22-44.

⁴⁹⁷ Kostovicova et al., *supra* note 468 à la p 253.

Plusieurs autres éléments influencent le continuum, notamment le lieu où la violence se produit, l'échelle ou la manière dont elle est infligée par exemple via un individu ou une arme, ainsi que le type de violence⁴⁹⁸. À cet effet, les violences envers les femmes ne doivent pas se limiter dans leur analyse à leur environnement physique, mais doivent aussi prendre en compte les « lieux géopolitiques des formes de violence sexiste qui permettent à ces actes de se produire en premier lieu »⁴⁹⁹. Cette approche implique donc que les violences subies par les femmes ne peuvent être la base d'une distinction entre les victimes et les autres femmes dans la mesure où « le fait que certaines d'entre elles vivent uniquement le type de violence situé à l'extrémité la plus commune et quotidienne du continuum est une différence de degré et non de nature »⁵⁰⁰.

Dans le contexte de la justice transitionnelle, comprendre les violences structurelles d'avant-guerre est essentiel pour les traiter efficacement, puisque l'incapacité à saisir « l'impact cumulatif et la nature intersectionnelle de la guerre et de l'après-guerre » contribue à perpétuer les inégalités de genre préalables au conflit. En reconnaissant les fondations matérielles de ces violences, les programmes de JT peuvent développer des stratégies plus complètes et efficaces pour promouvoir l'égalité des sexes et assurer la sécurité et le bien-être de tous les membres de la société pendant la transition. Cela implique une approche intégrée qui tient compte des contextes locaux tout en répondant aux exigences globales puisque « les économies de guerre continuent d'influencer les conditions locales après le conflit, y compris les institutions formelles chargées de mettre en œuvre des réformes néolibérales mondiales »⁵⁰¹. Le continuum de la violence offre un donc cadre d'analyse intéressant pour comprendre la persistance et l'évolution des violences faites aux femmes en temps de guerre et dans les sociétés post-conflit.

3.1.3 La fin de la guerre en Bosnie

Avant l'intervention de l'OTAN, plusieurs plans de paix ont été proposés sans pourtant qu'aucun n'aboutisse ; les Serbes de Bosnie, en position de force militaire rejetant systématiquement les propositions qui ne leur accordaient pas le contrôle des territoires qu'ils occupaient déjà⁵⁰². Les conséquences humaines du conflit via les campagnes de nettoyage ethnique qui sévissait en Bosnie ont forcé le Conseil de Sécurité à renforcer sa position via l'adoption de nombreuses résolutions au

⁴⁹⁸ Cockburn, *supra* note 488.

⁴⁹⁹ Kostovicova et al., *supra* note 468 à la p 253.

⁵⁰⁰ Kelly, *supra* note 487 à la p 35.

⁵⁰¹ Kostovicova et al., *supra* note 468 à la p 265.

⁵⁰² Rosand, *supra* note 431 à la p 1107.

regard de la situation en Bosnie⁵⁰³. À cet effet et suivant la proposition de la France, le SC a considéré les villes de Sarajevo, Tuzla, Zepa, Gorazde, Bihac et Srebrenica comme étant des « zones menacées », ce qui a mené à les protéger sous le statut de « zones de sécurité » devant être « à l'abri des attaques armées et de tout autre acte d'hostilité »⁵⁰⁴.

Afin de garantir le respect de ces zones, le Conseil de Sécurité a autorisé la FORPRONU à agir en légitime défense en prenant des mesures appropriées afin de «dissuader les attaques contre les zones de sécurité, de contrôler le cessez-le-feu, de favoriser le retrait des unités militaires ou paramilitaires ne relevant pas du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine et d'occuper quelques points essentiels sur le terrain en sus de la participation aux opérations d'assistance humanitaire à la population» par le biais de la Résolution 836 de 1993⁵⁰⁵. Au point 10 de cette même Résolution, Conseil a accepté que les États membres, « agissant à titre national ou dans le cadre d'organisations ou d'arrangements régionaux » prennent « toutes mesures nécessaires à l'intérieur et dans les environs des zones de sécurité de la République de la Bosnie-Herzégovine en recourant à la force aérienne pour soutenir la FORPRONU dans l'accomplissement de son mandat »⁵⁰⁶. Cette plus grande liberté d'action pour les acteurs internationaux a encouragé l'OTAN à renforcer sa présence dans le conflit⁵⁰⁷.

3.1.3.1 Le massacre de Srebrenica

Le massacre de Srebrenica survenu en juillet 1995 a été l'élément précipitant pour l'OTAN qui a lancé une campagne de frappes aériennes contre les positions des Serbes de Bosnie. Avant le massacre, l'OTAN avait adopté une approche relativement passive dans le conflit bosniaque, se limitant principalement à faire respecter une zone d'exclusion aérienne et à fournir un soutien limité aux forces de maintien de la paix des Nations Unies. Le massacre de Srebrenica a choqué la communauté internationale et mis en évidence l'échec de la communauté internationale à protéger les civils bosniaques dans ses propres zones de sécurité⁵⁰⁸. Alors que plus de 8 000 hommes et garçons y ont perdu la vie et qu'un grand nombre de

⁵⁰³ Klein, *supra* note 433 à la p 497.

⁵⁰⁴ *Resolution 824 (1993) [on treatment of certain towns and surroundings in Bosnia and Herzegovina as safe areas]*, Rés SC NU, 3208^e séance, Doc NU S/RES/824 [Résolution 824] au point 3.

⁵⁰⁵ *Resolution 836 (1993)*, Rés SC NU, 3228^e séance, Doc NU S/RES/836 [Résolution 836] au point 5.

⁵⁰⁶ *Resolution 836*, *supra* note 497 au point 10.

⁵⁰⁷ Klein, *supra* note 433 à la p 498.

⁵⁰⁸ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 77.

femmes ont été violées et déportées au courant de cette campagne d'agression, le massacre est considéré comme le pire acte de génocide en Europe depuis la Seconde Guerre mondiale⁵⁰⁹.

Assiégée depuis plusieurs années, la ville de Srebrenica à majorité musulmane, déclarée « zone de sécurité » par les Nations Unies en 1993 était sous l'occupation des forces de maintien de la paix néerlandaise stationnée pour protéger les civils qui s'y étaient regroupés en raison des déplacements arbitraires sévissant dans le pays. À cet effet, le massacre de Srebrenica a eu lieu sous les yeux de la communauté internationale et l'impuissance des Casques bleus néerlandais à intervenir notamment lors des déportations forcées et des transports des hommes et des garçons vers les sites d'exécution a suscité de vives critiques⁵¹⁰.

En effet, le 6 juillet 1995, les forces serbes de Bosnie, sous le commandement du général Ratko Mladić ont lancé une offensive sur Srebrenica qui s'est soldée par leur prise de la ville. Les forces serbes de Bosnie ont par la suite commencé à séparer les hommes et les garçons bosniaques musulmans des femmes, des enfants et des personnes âgées qu'ils ont transportés en bus vers des zones sous contrôle bosniaque tandis que les hommes et les garçons ont été rassemblés en vue d'être exécutés⁵¹¹. Entre le 11 et le 19 juillet 1995, environ 8 000 hommes et garçons musulmans ont été systématiquement exécutés et enterrés dans des fosses communes par les forces serbes de Bosnie⁵¹².

Cet événement a permis d'identifier limites de l'intervention et de la protection internationales dans les conflits armés et a eu un impact profond sur la politique internationale, conduisant à des réexamens des mandats de maintien de la paix de l'ONU et à une prise de conscience accrue de la nécessité d'une intervention plus proactive pour prévenir de telles tragédies à l'avenir. Par ailleurs, le massacre de Srebrenica a démontré l'inadéquation du cadre traditionnel de la justice transitionnelle, souvent perçu comme trop axé sur les processus juridiques et rétributifs au détriment d'une justice plus réparatrice et inclusive ce qui résulte en une incapacité à répondre aux besoins réels des victimes⁵¹³.

⁵⁰⁹ Olivera Simić, « Pillar of Shame': Civil Society, UN Accountability and Genocide in Srebrenica » dans Olivera Simić et Zala Volčič, *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 181.

⁵¹⁰ *Ibid* aux pp 181-182.

⁵¹¹ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 77.

⁵¹² Mann, *supra* note 429 à la p 395.

⁵¹³ Potter et Abernethy, *supra* note 517 à la p 168.

3.1.3.2 Les Accords de Dayton

Les Accords de Dayton ont été le résultat de « négociations de proximité » menées par les États-Unis, l'UE et la Russie⁵¹⁴ et qui ont abouti à la signature de l'*Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine* à Paris le 14 décembre 1995. Ces négociations visaient à mettre fin à la guerre en Bosnie-Herzégovine et d'y instaurer une paix durable en favorisant le retour des réfugiés d'ailleurs considéré comme un élément clé pour y parvenir⁵¹⁵. Cet accord s'est d'ailleurs distingué par la spécificité de ses dispositions relatives au droit au retour et par le soutien important de la communauté internationale à sa mise en œuvre⁵¹⁶.

Le traité de paix ne se limite toutefois pas à un seul document puisqu'il se compose de trois éléments principaux : l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, l'accord sur le paraphe initial qui définit les modalités de conclusion et d'entrée en vigueur des autres accords ainsi que douze annexes chacune constituée d'un traité international distinct et conclu principalement entre la Bosnie et ses deux entités et détaillant les conditions de paix sur des questions militaires, territoriales, électorales, constitutionnelles et relatives aux droits de l'homme, aux réfugiés et aux personnes déplacées entre autres⁵¹⁷.

Les Accords ont maintenu la Bosnie-Herzégovine en tant que nation unifiée, mais ont introduit une division interne en deux entités autonomes chacune ayant une composition ethnique prédominante. La RS, majoritairement peuplée de Serbes, et FBH composée de régions où les Bosniaques sont majoritaires ainsi que de zones dominées par les Croates. Cette division a été conçue pour refléter les réalités ethniques et politiques issues du conflit, en reconnaissant les zones de contrôle établies par les forces militaires pendant la guerre⁵¹⁸. Officiellement signés par la République de Bosnie-Herzégovine, la République de Croatie et la République fédérale de Yougoslavie, les traités considèrent toutefois la RS et la FBH comme ayant une personnalité juridique internationale limitée, leur permettant de conclure des accords internationaux et dans l'obligation de « coopérer pleinement avec tous les organismes impliqués dans la mise en œuvre de ce règlement de paix [...] conformément à l'obligation de toutes les parties à coopérer dans l'enquête et la poursuite des crimes de guerre et autres violations du droit international

⁵¹⁴ Bradley, *supra* note 21 à la p 124.

⁵¹⁵ Rosand, *supra* note 431 à la p 1113.

⁵¹⁶ Bradley, *supra* note 21 à la p 229.

⁵¹⁷ Paola Gaeta, « The Dayton Agreements and International Law »(1996) 7:2 *European Journal of International Law* à la p 147.

⁵¹⁸ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 79.

humanitaire»⁵¹⁹. Cette reconnaissance implicite de leur statut d'acteurs internationaux souligne notamment la complexité de la structure étatique mise en place en Bosnie⁵²⁰. Ce point a d'ailleurs fait l'objet de vive critique, certains considérant le traité comme ayant entériné la division ethnique de la Bosnie-Herzégovine en reconnaissant les deux entités issues du conflit⁵²¹. Notamment, peu de zones géographiques sur le territoire bosniaque étaient composées de ressortissants de plusieurs ethnies. Si dans les petites municipalités la mixité existait, les populations ne se mélangeaient pas pour autant et les seuls endroits où la population minoritaire dépassait les 10 % étaient les grandes telles que Tuzla ou Sarajevo⁵²².

Par ailleurs, la structure décentralisée mise en place par l'accord de Dayton a accordé une autonomie considérable aux entités nouvellement créées, laissant le gouvernement central avec des pouvoirs limités⁵²³. Contrairement à la pratique habituelle en droit international où le pouvoir d'interprétation des accords appartient généralement aux parties contractantes, les Accords de Dayton confèrent ce pouvoir à des entités non judiciaires pour deux accords spécifiques soit via l'Accord sur les aspects militaires du règlement de la paix et l'Accord sur la mise en œuvre civile. Le Commandant de l'IFOR (Force de mise en œuvre) et le Haut Représentant sont désignés comme autorités finales pour l'interprétation respective de ces accords leur conférant ainsi une autorité d'interprétation contraignante pour assurer le respect et l'application des traités⁵²⁴. Cette situation a créé un système politique complexe et souvent inefficace, caractérisé par des blocages politiques et un manque de coordination entre les différentes parties affectant le retour des réfugiés⁵²⁵.

Tant dans le contexte de leurs négociations que dans leur contenu, les accords relevaient d'intérêts géopolitiques complexes et multiples de la part de la communauté internationale, ce qui a poussé certains à concevoir que les parties avaient privilégié la fin immédiate des hostilités au détriment d'une solution à

⁵¹⁹ OSCE, *General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*, signés à Paris le 14 décembre 1995, [Accords de Dayton] à l'article IX.

⁵²⁰ Gaeta, *supra* note 509 aux pp 147-148.

⁵²¹ Bradley, *supra* note 21 à la p 125.

⁵²² Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 78.

⁵²³ Eunice C. Seixas, « How Activists See Civil Society and the Political Elite in Bosnia: Relevance to Prospects of Transitional Justice » dans Olivera Simić et Zala Volčič eds., *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 71.

⁵²⁴ Gaeta, *supra* note 509 aux pp 156-158.

⁵²⁵ Michael Potter et Hedley Abernethy, « What About the Women? Transitional Justice and Gender in Bosnia and Herzegovina and Northern Ireland » dans Olivera Simić et Zala Volčič eds., *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 168.

long terme pour la Bosnie. Notamment, les États-Unis, qui, désireux de démontrer leur leadership international et d'obtenir un succès diplomatique rapide, ont joué un rôle déterminant dans les négociations de Dayton⁵²⁶. En effet, la diplomatie américaine s'est appuyée sur différents leviers pour parvenir à ses fins : des menaces de sanctions contre la Serbie, alors principal allié des Serbes de Bosnie, pour la contraindre à participer aux négociations et à faire pression sur les Serbes de Bosnie pour qu'ils acceptent un accord de paix, un soutien militaire accru aux forces bosniaques et croates ainsi qu'une forte pression politique sur les dirigeants européens⁵²⁷. Cette approche a conduit à un accord qui, bien que négocié avec les parties en présence, portait fortement l'empreinte de la volonté américaine, d'où l'expression « pax americana » pour qualifier un accord qui, selon les critiques, reflétait davantage les intérêts stratégiques des États-Unis que les aspirations profondes des populations de Bosnie⁵²⁸. Cette influence s'est d'ailleurs manifestée par l'imposition d'un calendrier serré, la limitation des marges de manœuvre des parties dans les négociations ainsi que dans la rédaction même de l'accord qui a été largement influencée par les juristes du Département d'État américain⁵²⁹.

Parmi les autres intérêts se retrouvait la question des réfugiés, un sujet particulièrement pressant pour les États européens, dont l'Allemagne. Confronté à un afflux massif de réfugiés bosniaques fuyant la guerre, Berlin a joué un rôle crucial en faisant pression pour un accord de paix. Dans des mesures toutefois moindres, d'autres pays européens faisaient face à l'arrivée croissante de réfugiés provenant de la Bosnie et des autres républiques des Balkans et ont donc soutenu les efforts allemands. Pour ces acteurs internationaux, l'objectif était clair : encourager le rapatriement des réfugiés bosniaques pour alléger la pression sur les services sociaux et les budgets nationaux en Europe qui devaient notamment fournir des abris, des soins médicaux, de l'éducation et des moyens de subsistance à ces personnes déplacées⁵³⁰.

C'est afin de soulager les États membres de cette pression que l'Allemagne a encouragé le rapatriement des réfugiés bosniaques dans leur pays d'origine. L'idée était qu'avec la fin des hostilités et la mise en place d'un cadre politique stable, les conditions seraient propices au retour des réfugiés. Conséquemment, les Accords de Dayton ont inclus des dispositions spécifiques visant à faciliter le retour volontaire des réfugiés

⁵²⁶ Gaeta, *supra* note 509 aux pp 147-148.

⁵²⁷ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 76-77.

⁵²⁸ Gaeta, *supra* note 509 à la p 150.

⁵²⁹ Marcus Cox, « The Right to Return Home: International Intervention and Ethnic Cleansing in Bosnia and Herzegovina » (1998) 47:3 *International and Comparative Law Quarterly* à la p 609.

⁵³⁰ Williams, «The Contemporary Right» *supra* note 396 aux pp 36-37.

tout en garantissant leurs droits et en prévoyant des mécanismes de compensation pour ceux qui ne souhaitaient pas ou ne pouvaient pas retourner en Bosnie⁵³¹.

Toutefois, l'imposition d'un accord sans adhésion réelle de la part des citoyens nourri un sentiment d'injustice et de frustration chez les populations locales qui ont eu senti ne pas avoir été entendu dans leurs revendications et leurs aspirations ce qui a mené à une difficulté pour ces derniers à s'approprier l'accord de paix⁵³². Deux aspects fondamentaux de la justice transitionnelle soutiennent d'ailleurs cette affirmation. D'abord, pour que les interventions de JT soient à même de répondre à leurs objectifs, il faut « comprendre comment elles seront reçues et comment y réagiront ceux qui en sont les sujets ». Ensuite, les individus ayant subis la marginalisation et la violence doivent non seulement être inclus, mais aussi avoir un réel intérêt à soutenir et à agir dans la transition du pays afin que les mesures soient efficaces⁵³³.

À cet effet, dans la prochaine section, nous aborderons le contenu de l'Accord de Dayton dans une perspective critique, ce qui nous permettra de mieux cerner l'influence des mesures de JT en Bosnie sur les applications actuelles et futures du droit de retour dans les pays en transition.

3.1.3.2.1 Le droit de retour dans les Accords de Dayton

Comme nous avons tenté de démontrer précédemment, le droit de retour est fondamental aux droits humains, car l'exil représente une privation essentielle de la patrie, une privation qui touche au cœur même des caractéristiques immuables qui composent nos identités personnelles et collectives. À cet effet, il est considéré que tous les individus ont droit de revendiquer sa terre natale et d'y vivre en paix et en sécurité. Le droit de retour est aussi intrinsèquement lié à l'identité, car il englobe non seulement un lieu physique, mais aussi un ensemble de valeurs culturelles et historiques qui définissent une personne⁵³⁴.

Cette question sur le retour des réfugiés et des personnes déplacées est au cœur des Accords de Dayton, reflétant la volonté de remédier au nettoyage ethnique qui a marqué le conflit bosniaque. Les accords abordent ce droit avec une apparente fermeté, l'inscrivant à la fois dans les principes constitutionnels et

⁵³¹ *Ibid* aux pp 36-37.

⁵³² Potter et Abernethy, *supra* note 517 à la p 196.

⁵³³ Bryoni Jones, Alex Jeffrey et Michaelina Jakala, «The "Transitional Citizen": Civil Society, Political Agency and Hopes for Transitional Justice in Bosnia–Herzegovina» dans Olivera Simić et Zala Volčič eds., *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 90.

⁵³⁴ Rosand, *supra* note 431 à la p 1120.

dans la structure institutionnelle. Cependant, une analyse plus approfondie révèle une certaine ambivalence, voire des contradictions dans la manière dont ce droit est conçu et appliqué.

A. Annexe 4 : Constitution

La Constitution bosniaque intégrée à l'Annexe 4 des Accords de Dayton énonce clairement le droit au retour des réfugiés et des personnes déplacées. En effet, l'article II au point 5 de la Constitution stipule que :

Tous les réfugiés et les personnes déplacées ont le droit de retourner librement à leur domicile d'origine. Ils ont le droit, conformément à l'annexe 7 de l'Accord-cadre général de récupérer les biens dont ils ont été privés au cours des hostilités depuis 1991 et d'être indemnisés pour les biens qu'ils ne peuvent récupérer. Tout engagement ou déclaration concernant ces biens effectués sous contrainte est nul et non avvenu⁵³⁵.

Plusieurs principes contenus dans cette disposition sont à analyser. D'abord, le terme « librement » implique le consentement des réfugiés. Cela signifie que le retour ne doit pas être imposé et que les individus doivent pouvoir choisir sans interaction d'autres acteurs de revenir ou non dans leurs foyers d'origine⁵³⁶. Ensuite, la Constitution établit un lien explicite avec l'Annexe 7 en reconnaissant le caractère central de cette dernière pour la mise en œuvre concrète du droit de retour. À cet effet, l'Annexe 7, plus détaillée, définit les modalités de la restitution des biens et de la compensation financière et sera analysée plus tard. Ce principe note également que la Constitution garantit aux réfugiés et aux personnes déplacées la possibilité de recouvrer leurs biens et prévoit également la possibilité d'une compensation financière pour les biens qui ne peuvent être restitués. Cette disposition vise à offrir une solution alternative aux réfugiés qui ne pourraient ou ne souhaiteraient pas retourner dans leurs foyers d'origine, mais est considérée comme affaiblissant le droit de retour. En effet, l'association de ce droit de la possibilité d'indemnisation laisse penser que les États parties peuvent choisir d'autoriser le retour ou accorder une indemnisation « en lieu et place du retour » de manière légitime⁵³⁷.

De plus, la Constitution vient renforcer le cadre juridique du droit au retour en garantissant « le plus haut niveau de droits de l'homme et de libertés fondamentales internationalement reconnues »⁵³⁸ aux citoyens

⁵³⁵ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 4 article II 5.

⁵³⁶ *Cox, supra* note 521 à la p 604.

⁵³⁷ *Cox, supra* note 521 à la p 604

⁵³⁸ *Accords de Dayton, supra* note 511 Constitution article II 1.

bosniaques y compris aux réfugiés et aux personnes déplacées⁵³⁹. L'article II (2) note conséquemment que les droits et libertés stipulés dans la *Convention européenne des droits de l'homme* et ses protocoles sont « directement applicables en Bosnie-Herzégovine » et qu'elles « ont la primauté sur les autres lois »⁵⁴⁰. Treize droits fondamentaux sont ensuite conférés individuellement par la Constitution, dont le « droit à la propriété » et le « droit à la liberté de circulation et de résidence »⁵⁴¹. L'article II (6) indique par ailleurs que tous les tribunaux, agences, organes gouvernementaux et instruments opérant dans les deux entités sont tenus d'appliquer et de se conformer à la CEDH et aux droits énumérés⁵⁴². Ensuite, la Constitution affirme que la Bosnie-Herzégovine est tenue de rester ou de devenir partie à 15 autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, dont le PIDCP et le PIDESC⁵⁴³, puis elle prévoit que « les principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de la Bosnie-Herzégovine et des Entités⁵⁴⁴ ». En raison de ces articles et des suivants, il est considéré que la Constitution de la Bosnie l'annexe 6 constituent, entre tous les pays « l'ensemble le plus complet de principes et d'institutions en matière de droits de l'homme »⁵⁴⁵.

B. Annexe 6 : Accord sur les droits de l'homme.

Conformément à son nom, cette annexe représente un effort pour établir un cadre juridique et institutionnel pour la protection des droits de l'homme après le conflit en Bosnie via la mise en place de la Commission des droits de l'Homme. Cette dernière est composée d'un Médiateur et d'une Chambre des droits de l'homme et est compétente pour traiter les violations de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et des discriminations dans l'exercice des autres droits et libertés lorsque la responsabilité de ces violations peut être attribuée à l'une des parties à Dayton⁵⁴⁶.

Le Médiateur est nommé par le Président de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) avec pour mission d'enquêter sur les abus des droits humains subis par des individus ou des groupes, que ce soit à la suite d'une demande individuelle, une allégation d'une partie ou d'une organisation non gouvernementale, ou de sa propre initiative. Bien que les rapports du Médiateur ne

⁵³⁹ Cox, *supra* note 521 aux pp 604-605.

⁵⁴⁰ *Accords de Dayton*, *supra* note 511 Constitution article II 2.

⁵⁴¹ *Ibid* article II 3.

⁵⁴² *Ibid* article II 6.

⁵⁴³ *Accords de Dayton*, *supra* note 511 Constitution article II 7

⁵⁴⁴ *Ibid* article II 3(b).

⁵⁴⁵ Cox, *supra* note 521 aux pp 604-605.

⁵⁴⁶ *Accords de Dayton*, *supra* note 511 Annexe 6 article II 2.

soient pas contraignants, une partie qui ne respecte pas ses conclusions enfreint l'Accord de Dayton et peut être signalée au Haut Représentant ou à la Présidence⁵⁴⁷.

Pour sa part, la Chambre des droits de l'homme, constituée de 14 membres, dont une majorité de huit internationaux nommés par le Conseil de l'Europe, est un organe judiciaire chargé de faciliter le règlement à l'amiable des différends et de rendre des décisions finales et contraignantes sur le respect de la CEDH⁵⁴⁸. Dans le cadre de cette annexe, les parties s'engagent à « soutenir et coopérer avec d'autres organisations non gouvernementales et internationales œuvrant pour la protection et le suivi des droits de l'homme, telles que la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et l'OSCE»⁵⁴⁹. À cet effet, l'annexe 6 exigeait de l'OSCE qu'elle surveille de près la situation des droits de l'homme en Bosnie-Herzégovine. Cette dernière s'est donc vu confier la responsabilité de superviser la préparation et le déroulement des élections locales jouant ainsi un rôle crucial dans la promotion de la démocratie et des droits de l'homme⁵⁵⁰.

Tout comme la Constitution, l'annexe 6 inclut la CEDH dans le droit bosnien, lui conférant une priorité sur toute autre loi⁵⁵¹. Cette disposition visait à garantir le respect des normes internationales relatives aux droits de l'homme en Bosnie-Herzégovine,⁵⁵² notamment le droit au respect du domicile en vertu de l'article 8⁵⁵³ et le droit à la propriété en vertu de l'article 1 du Protocole 1 du Protocole additionnel⁵⁵⁴ aussi abordé dans le premier chapitre de ce mémoire. À cet effet, la Chambre des droits de l'homme, un des deux organes créés par la Commission, a estimé qu'un droit d'occupation était un droit de propriété protégé par l'article 8 de la CEDH et l'article 1 du Protocole additionnel, estimant donc que la législation sur les biens en temps de guerre accordant aux occupants actuels le droit d'occuper des résidences contrevenait à la CEDH⁵⁵⁵.

Lu conjointement avec l'annexe 7, l'annexe 6 a joué un rôle de premier plan dans la définition du droit au retour des réfugiés et des personnes déplacées, puisque c'est la Commission des droits de l'homme qui a

⁵⁴⁷ *Ibid* article V.

⁵⁴⁸ *Ibid* article XI.

⁵⁴⁹ Cox, *supra* note 521 à la p 606.

⁵⁵⁰ *Ibid*.

⁵⁵¹ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 6 article 1, voir aussi Annexe 4 art II para 2.

⁵⁵² Cox, *supra* note 521 à la p 606.

⁵⁵³ *Convention européenne des droits de l'homme, supra* note 154

⁵⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵⁵ Lynn Hastings, «*Implementation of the Property Legislation in Bosnia Herzegovina*» (2001) 37:2 Stan J Int'l L à la p 228.

statué que les lois sur la propriété en vigueur en Bosnie pendant la guerre entravaient le retour des personnes déplacées ce qui a conduit à des modifications de la législation afin de se conformer à la CEDH⁵⁵⁶.

C. Annexe 7 : Accord sur les réfugiés et les personnes déplacées

L'Annexe 7 intitulée Accord sur les réfugiés et les personnes déplacées traite de la reconstruction d'une société multiethnique en Bosnie-Herzégovine en considérant le « retour rapide des réfugiés et personnes déplacées dans leurs foyers » comme un élément essentiel du processus de paix⁵⁵⁷. C'est dans cette portion des accords que se retrouve la majorité des principes relatifs au retour des réfugiés. Pour débiter, l'article 1 (1) stipule que « tous les réfugiés et personnes déplacées ont le droit de rentrer librement dans leurs foyers d'origine »⁵⁵⁸ un droit d'ailleurs considéré comme inhérent à tous individus et ne pouvant être restreint sans justification légitime⁵⁵⁹. Cette section insiste sur le retour « libre » dans le « foyer d'origine » et non pas seulement dans le pays d'origine⁵⁶⁰. Cela signifie que les réfugiés et les personnes déplacées ont le droit de retourner dans la localité et le logement qu'ils occupaient avant le conflit, et ce, même si celui-ci se trouve désormais dans une zone contrôlée par une autre communauté ethnique, en plus de pouvoir retrouver leur maison et leurs biens ce qui est crucial pour la réintégration et la reconstruction après un conflit⁵⁶¹.

Bien que l'article I (1) insiste sur le « retour rapide des réfugiés »⁵⁶², d'autres dispositions ouvrent la voie à une interprétation plus souple, privilégiant une approche pragmatique face aux défis de la réalité post-conflit. Notamment, en insistant sur le retour dans le pays d'origine, même si cela signifie une réinstallation ailleurs que dans les foyers d'origine. En d'autres termes, tant que les réfugiés retournent dans leur pays d'origine, même s'ils sont réinstallés dans un endroit différent de leur foyer d'origine, les États peuvent être considérés comme ayant rempli leurs obligations⁵⁶³. Cette interprétation est d'ailleurs renforcée par le fait que la notion de « retour » est souvent associée à celle de « solutions durables » dans le contexte du droit international des réfugiés⁵⁶⁴.

⁵⁵⁶ Hastings, *supra* note 555.

⁵⁵⁷ *Accords de Dayton*, *supra* note 511 Annexe 7 article 1.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 79.

⁵⁶⁰ Annexe art 1

⁵⁶¹ Rosand, *supra* note 431 à la p 1091.

⁵⁶² *Accords de Dayton*, *supra* note 511 Annexe 7 article 1.

⁵⁶³ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 81.

⁵⁶⁴ Cox, *supra* note 521 à la p 617.

Dans l'annexe 7 article I (2), les parties s'engagent à assurer que les réfugiés et les personnes déplacées puissent rentrer chez eux en toute sécurité, « sans risque de harcèlement, d'intimidation, de persécution ou de discrimination, notamment en raison de leur origine ethnique, de leurs convictions religieuses ou de leurs opinions politiques »⁵⁶⁵. En outre, l'article I (3) a,b et c qui suivent engagent les parties à « prévenir sur leur territoire les activités susceptibles d'entraver le retour, à abroger les législations défavorables, à prévenir l'incitation à l'hostilité ethnique, à réprimer les actes de rétribution, à protéger les populations minoritaires et à révoquer les fonctionnaires responsables de violations des droits des minorités »⁵⁶⁶. Plus encore, cet article spécifie que les parties doivent effectuer « l'abrogation de la législation interne et des pratiques administratives ayant une intention ou un effet discriminatoire »⁵⁶⁷, une disposition qui a servi de base pour la mise en place d'une loi annulant les législations internes ayant eu pour effets de priver les réfugiés de leurs propriétés pendant la guerre⁵⁶⁸. Cependant, aucune responsabilité spécifique à encourager activement le retour des groupes minoritaires n'a été formulée à l'endroit de la FBH ou de la RS. À cet effet, il est considéré que l'obligation principale des parties aux Accords se résume à ne pas « entraver le choix des rapatriés quant à leur lieu de réinstallation »⁵⁶⁹.

Par ailleurs, l'Annexe 7 des Accords de Dayton stipule également que tous individus ou famille ont le droit de choisir leur destination dans le respect du principe de « l'unité familiale » et que les États ne peuvent s'immiscer dans ce choix ni les contraindre à « rester dans des situations ou à se rendre dans des situations de danger ou d'insécurité graves, ou dans des zones dépourvues de l'infrastructure de base nécessaire à la reprise d'une vie normale »⁵⁷⁰. Cette disposition vise à garantir que le retour ne soit pas imposé et que les réfugiés aient la possibilité de choisir un lieu de résidence différent de leur foyer d'origine⁵⁷¹. Bien qu'ayant identifié des conditions pouvant entraver le retour, les accords n'exigent pas des acteurs politiques qu'ils fournissent ces infrastructures. À cet effet, Adelman note d'ailleurs qu'« imposer un

⁵⁶⁵ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 7 article I 2.

⁵⁶⁶ Cox, *supra* note 521 à la p 604.

⁵⁶⁷ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 7 article I 3(a).

⁵⁶⁸ Paul Prettitore, « The right to housing and property restitution in Bosnia and Herzegovina » (2003) Badil Resource Center for Palestinians Residency & Refugee Rights Bethlehem Document de travail no.1, en ligne <https://www.badil.org/phocadownloadpap/Badil_docs/Working_Papers/WP-E-01.pdf> à la p 7.

⁵⁶⁹ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 80.

⁵⁷⁰ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 7 article 4.

⁵⁷¹ Cox, *supra* note 521 à la p 604.

retour avant que ces infrastructures ne soient en place aurait constitué une violation des termes de l'accord »⁵⁷².

L'Accord de Dayton est davantage considéré comme un cadre pour la relocalisation et la réinstallation des personnes déplacées qu'un cadre pour le rapatriement des réfugiés ou leur retour dans leurs foyers dans la mesure où il visait d'abord à résoudre une crise politique et militaire plutôt qu'à protéger les droits des réfugiés. Cette approche a permis à des pays comme l'Allemagne, qui accueillaient un nombre important de réfugiés bosniaques, d'éviter d'être accusés de violation du droit international des réfugiés, et plus précisément du principe de *non-refoulement* en renvoyant des individus qui ne pouvaient pas retourner à leur foyer d'origine. En favorisant la réinstallation en Bosnie-Herzégovine sans nécessairement garantir le retour dans les foyers d'origine, l'Allemagne a pu justifier le rapatriement des réfugiés bosniaques tout en se conformant, du moins en apparence au principe de non-refoulement⁵⁷³.

L'approche nuancée de l'Accord de Dayton sur le retour des réfugiés a également été critiquée par les juristes, car elle ne répond pas pleinement à l'objectif de réconciliation et de reconstruction d'une société multiethnique en Bosnie-Herzégovine. En effet, la relocalisation, même à l'intérieur des frontières du pays d'origine, peut entériner le nettoyage ethnique en créant des communautés homogènes. De plus, l'engagement rhétorique à inverser le nettoyage ethnique et à promouvoir le retour des minorités a été considéré comme étant en contradiction avec la résistance compréhensible des Bosniaques à retourner dans des territoires dominés par les Serbes. Par conséquent, la focalisation sur le retour des minorités a indirectement entravé les efforts de réinstallation et de reconstruction, le retour des minorités étant défini comme un retour dans une zone contrôlée par un groupe ethnique autre que le sien même si ce groupe avait auparavant été majoritaire⁵⁷⁴.

3.2 La justice transitionnelle en Bosnie-Herzégovine

Comme indiqué précédemment, les Accords de Dayton ont établi plusieurs institutions dotées, sur le papier, d'une autorité considérable pour aider les réfugiés et les personnes déplacées à exercer leur droit au retour. À cet effet, la prochaine section abordera les différents mécanismes mis en place en Bosnie afin de favoriser le droit de retour.

⁵⁷² *Ibid supra* note 49.

⁵⁷³ Cox, *supra* note 521 à la p 81.

⁵⁷⁴ Adelman et Barkan, *supra* note 49 aux pp 80-81.

3.2.1 Réforme des droits de propriété et restitution

Dans le contexte bosniaque, une des difficultés principales en matière de droit résidait dans la conciliation du droit à la restitution des biens avec la réalité d'une population déplacée aux aspirations diverses. En effet, les réalités sur le terrain ont rapidement démontré que ce retour n'était ni toujours souhaitable ni toujours possible pour les populations déplacées, un constat crucial sur les limites du droit au retour en tant que solution unique pour les personnes déplacées par le conflit en Bosnie-Herzégovine. De plus, la réintégration des minorités a rencontré des résistances de la part des trois groupes ethniques dans les communautés où ils étaient majoritaires. Les statistiques démontrent d'ailleurs que dans les premières années suivant les Accords de Dayton, environ 50 000 personnes appartenant à des minorités ethniques ou religieuses ont quitté les zones où leur communauté était en majorité. De plus, jusqu'à 70 % des personnes rapatriées dans les années 1990 ont été relocalisées⁵⁷⁵. En vertu du chapitre 2 de l'Annexe 7 des Accords de Dayton et afin de statuer sur « toute demande relative à des biens immobiliers situés en Bosnie-Herzégovine, lorsque ces biens n'ont pas été volontairement vendus ou transférés depuis le 1er avril 1992 et que le demandeur n'est pas en possession de ces biens »⁵⁷⁶, la *Commission indépendante pour les personnes déplacées et les réfugiés*, plus tard renommée la *Commission pour la revendication de biens immobiliers par les réfugiés et les personnes déplacées* a été créée. Les demandes à la Commission pouvaient notamment porter sur la restitution du bien ou sur une juste indemnisation « en lieu et place de la restitution »⁵⁷⁷.

3.2.1.1 La Commission indépendante pour les personnes déplacées et les réfugiés

Conformément aux accords, la CRPC, un organe administratif et non judiciaire⁵⁷⁸, se composait de neuf membres comprenant des représentants des trois parties impliquées ainsi que trois membres internationaux nommés par le Président de la *Cour européenne des droits de l'homme*. Elle avait l'autorité d'annuler les transactions effectuées sous contrainte pendant le conflit, de vendre, louer ou hypothéquer des biens abandonnés ou pour lesquels un demandeur a reçu une compensation ainsi que d'émettre des obligations d'indemnisation pour l'achat futur de biens. En raison de ces capacités, les décisions de la

⁵⁷⁵ Elazar Barkan, « Mirage of Rights – Response » (2005) 28:3 Hastings Int'l & Comp L Rev à la p 413.

⁵⁷⁶ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 7 article XI.

⁵⁷⁷ Cox, *supra* note 521 à la p 606.

⁵⁷⁸ Prettitore, *supra* note 560 à la p 7.

Commission étaient finales, et tout titre ou document juridique qu'elle émettait devait être reconnu comme ayant force de loi dans toute la Bosnie-Herzégovine⁵⁷⁹.

Bien que l'accord affirme le droit au retour, il prévoyait également des alternatives telles que la relocalisation et accorde une grande importance à la protection des droits de propriété. À cet effet, la CRPC a joué un rôle clé en fournissant des certificats légaux qui confirment les droits de propriété des personnes déplacées, même si elles ne pouvaient pas ou ne souhaitaient pas retourner immédiatement dans leurs foyers. Ces certificats permettaient de préserver le droit de retour pour l'avenir, lorsque la situation s'améliore ou que les occupants actuels quittent les lieux. Plus encore, la Commission était habilitée à faciliter la vente, l'échange ou la location de propriétés ainsi qu'à gérer les transferts de propriété⁵⁸⁰. L'article 12 (5) de l'annexe 7 stipule explicitement que « la Commission a le pouvoir d'effectuer toutes les transactions nécessaires pour transférer ou céder le titre de propriété, hypothéquer, louer ou disposer d'une autre manière des biens qui font l'objet d'une demande d'indemnisation ou qui sont considérés comme abandonnés »⁵⁸¹, soit en raison du fait « qu'aucune demande de rétablissement des droits de propriété n'ait été déposée, conformément aux conditions applicables, soit parce que le propriétaire est décédé, soit parce qu'il a négligé de présenter une demande de rétablissement des droits de propriété »⁵⁸².

La création de la CRPC illustre bien la tension entre le droit au retour et la réalité du terrain en la matière. En effet, bien qu'elle ait été conçue pour faciliter la restitution des biens, elle a également dû composer avec la réticence de nombreux réfugiés et personnes déplacées à retourner dans leurs foyers d'origine⁵⁸³. La Commission a donc été amenée à prendre en compte cette réalité en proposant une indemnisation financière en lieu et place de la restitution du bien⁵⁸⁴.

3.2.1.1.1 Les droits de propriété comme outil de discrimination et les occupations multiples

En reconnaissant deux entités au sein de la Bosnie-Herzégovine, les Accords de Dayton ont complexifié davantage la nature et l'application des droits de propriété dans la période post-conflit. Dans la RBH, les lois sur les biens immobiliers temporairement abandonnés permettaient aux autorités de déclarer des

⁵⁷⁹ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 7 article XII.

⁵⁸⁰ *Cox, supra* note 521 à la p 606.

⁵⁸¹ *Accords de Dayton, supra* note 511 Annexe 7 article 12(5).

⁵⁸² *Adelmann et Barkan, supra* note 49 à la p 80 note 10.

⁵⁸³ *Ibid supra* note 49 à la p 80.

⁵⁸⁴ *Rosand, supra* note 431 à la p 1096.

appartements et des propriétés privées comme abandonnés après le 30 avril 1991 soit à la date du début officiel de la guerre en Croatie. Ces lois autorisaient notamment l'attribution temporaire de ces biens à d'autres individus, et ce, pour une durée allant jusqu'à un an après la fin du danger de guerre direct. L'obligation supplémentaire pour les occupants secondaires d'inventorier et de sceller les biens des occupants d'origine n'était généralement pas non plus respectée, ce qui entraînait la perte de leurs biens pour de nombreuses personnes ayant fui⁵⁸⁵.

En 1995, la loi sur les appartements abandonnés a été modifiée afin d'inclure l'article 10⁵⁸⁶ stipulant que les appartements seraient considérés comme définitivement abandonnés si les titulaires des droits d'occupation ne reprenaient pas possession de leur logement dans les sept jours suivant la proclamation de la fin de l'état de guerre ou dans les quinze jours s'ils se trouvaient à l'étranger. À cet effet, la fin de l'état de guerre a été déclarée le 22 décembre 1995, laissant aux personnes déplacées jusqu'au 29 décembre 1995 et aux réfugiés jusqu'au 6 janvier 1996 pour retourner dans leurs foyers, un délai qui apparaît peu réaliste étant donné l'ampleur de la tâche. Dans la zone administrée par les Croates, un décret sur l'utilisation des appartements abandonnés a été émis de manière similaire à la législation de la République de Bosnie-Herzégovine,⁵⁸⁷ mais ayant pour différence notable de ne pas exiger des réfugiés et des personnes déplacées qu'ils reviennent après la fin des conflits et dans un délai spécifié afin de récupérer leurs biens⁵⁸⁸.

En RS, les autorités centrales n'ont commencé à réguler l'utilisation des logements abandonnés qu'après l'adoption de la Loi sur l'utilisation des biens désertés le 27 février 1996⁵⁸⁹, puisque pendant la guerre il advenait aux municipalités les municipalités d'assurer la redistribution des biens. Selon cette loi, les biens privés et sociaux étaient considérés comme abandonnés s'ils avaient été désertés par leurs propriétaires ou occupants, et pouvaient être utilisés indéfiniment par un occupant actuel. Bien que la loi n'exigeât pas le retour des personnes déplacées et des réfugiés dans un délai spécifié après la guerre, le retour des biens à ceux qui avaient fui la RS dépendait de la réciprocité. Autrement dit, les biens seraient restitués au propriétaire ou occupant d'avant-guerre, généralement un Bosniaque, seulement après que l'occupant

⁵⁸⁵ Hastings, *supra* note 547 à la p 226.

⁵⁸⁶ *Ibid*, citant *The Official Gazette of the Republic of Bosnia and Herzegovina*, n°6/92 (1995) 649.

⁵⁸⁷ *Ibid*, citant *The Official Gazette of the Croatia Community of Bosnia and Herzegovina*, n°13/93 (1993) 249 à l'article 1.

⁵⁸⁸ Hastings, *supra* note 547 à la p 226.

⁵⁸⁹ *Official Gazette of the Republika Srpska*, No. 3/96, 47 (1996).

actuel, généralement un Serbe, ait pu retourner dans son foyer d'avant-guerre ou ait été indemnisé pour tout bien perdu pendant la guerre⁵⁹⁰.

Bien que la majorité des logements en Bosnie fussent des maisons individuelles privées⁵⁹¹, environ 20 % de ces derniers se réduisait à des « logements sociaux »⁵⁹², soit des appartements souvent situés en centre-ville, et donc très recherché et régis par un système foncier hérité de l'époque socialiste. Sous ce régime, les habitants de ces appartements ne possédaient pas le logement via un droit de propriété, mais bénéficiaient d'un droit d'occupation comparable à un bail de longue durée⁵⁹³. Ce droit était généralement accordé aux travailleurs par leur employeur et était considéré comme permanent et transmissible aux conjoints et descendants à la mort de l'occupant désigné, sous condition de ne pas vendre ou sous-louer ce dernier et de l'occuper à titre de résidence principale. Ces restrictions visaient d'ailleurs à garantir une répartition équitable des logements sociaux et à éviter la spéculation⁵⁹⁴. Toutefois, un manquement injustifié à vivre dans le logement pour une période de six mois ou plus pouvait mener à la résiliation du droit d'occupation⁵⁹⁵. À la fin du conflit, l'application des conditions d'utilisation a d'ailleurs servi de prétexte pour justifier indirectement la dépossession permanente des occupants déplacés de leur appartement, en raison de leur incapacité à revenir et à réoccuper leur logements⁵⁹⁶.

Le flou juridique entourant ces droits d'occupation pendant le conflit a notamment permis aux autorités locales de s'emparer de ces appartements, et de les réattribuer de manière souvent arbitraire⁵⁹⁷ en fonction de l'appartenance politique ou ethnique. Par ailleurs, les autorités locales ont profité de la situation chaotique pour attribuer les logements à leurs partisans, consolidant ainsi leur pouvoir. Dans de nombreux cas, des loyalistes du parti ont obtenu de meilleurs appartements dans des emplacements de choix sans avoir à renoncer à leur appartement d'avant-guerre, principalement parce que les propriétaires enregistrés des immeubles étaient généralement des municipalités ou des entreprises ou institutions étatiques que l'exode forcé de la population, additionné aux destructions massives d'habitations les ont obligé à « régler la redistribution des biens privés et sociaux » en s'appuyant notamment sur les lois

⁵⁹⁰ Hastings, *supra* note 547 à la p 227.

⁵⁹¹ Williams, «The Contemporary Right» *supra* note 396 à la p 34.

⁵⁹² Cox, *supra* note 521 à la p 613.

⁵⁹³ Williams, «The Contemporary Right» *supra* note 396 à la p 34.

⁵⁹⁴ Cox, *supra* note 521 à la p 613.

⁵⁹⁵ Williams, «The Contemporary Right» *supra* note 396 à la p 34.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

⁵⁹⁷ Hastings, *supra* note 547 à la p 221.

existantes et les législations adoptées dans le contexte de la guerre⁵⁹⁸. La redistribution des biens, tels les appartements sociaux, illustre la volonté qu'avaient les trois factions du conflit de consolider leur emprise sur leurs territoires via des techniques discriminant selon l'ethnie⁵⁹⁹.

Par ailleurs, le statut hybride des appartements sociaux entre propriété privée et bien public a compliqué la tâche de la CRPC. D'une part, il fallait reconnaître les droits des anciens occupants légitimes. D'autre part, le contexte d'après-guerre et le besoin urgent de logements rendaient difficile l'expulsion d'occupants installés depuis plusieurs années même si leur présence dépendait d'abord d'une appropriation illégale⁶⁰⁰.

L'instrumentalisation de ces lois sur la propriété en Bosnie-Herzégovine a conduit à la création d'occupations multiples caractérisée par ceux qui ont pris possession de plus d'un logement à la suite de la redistribution des biens abandonnés. Par ailleurs, bien que ces lois aient été initialement conçues pour fournir un logement aux personnes déplacées et aux réfugiés, elles semblent avoir, en pratique, légitimé le nettoyage ethnique de la guerre⁶⁰¹. Ces « occupants multiples » louaient généralement leurs appartements d'avant-guerre ou laissaient les parents avec qui ils vivaient auparavant continuer à les occuper. Ils ont fini par se sentir en droit de conserver les logements qui leur avaient été attribués, sans égard pour les droits des anciens propriétaires ou occupants, une attitude notamment renforcée par l'inaction des autorités face aux revendications des propriétaires légitimes. À cet effet, le gouvernement avait ordonné aux tribunaux de la RS de « refuser d'exercer leur compétence dans les affaires concernant les appartements abandonnés » laissant ainsi aux autorités administratives le contrôle de la redistribution des biens⁶⁰².

Conséquemment, l'occupation multiple est devenue le deuxième élément ayant eu le plus de poids dans la pénurie de logements en Bosnie après la destruction physique des biens, touchant particulièrement les minorités ethniques cherchant à rentrer chez elles et les privant d'un accès à un logement décent⁶⁰³. De plus, la présence d'occupants multiples a constitué un obstacle majeur au retour des réfugiés et des personnes déplacées, entravant les efforts de réconciliation et de reconstruction du pays. Le sentiment

⁵⁹⁸ Hastings, *supra* note 547 aux pp 221-227.

⁵⁹⁹ Williams, «The Contemporary Right» *supra* note 396 à la p 34.

⁶⁰⁰ Cox, *supra* note 521 à la p 614.

⁶⁰¹ Hastings, *supra* note 547 à la p 227.

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ Hastings, *supra* note 547 à la p 227.

d'injustice ressenti par les victimes, ainsi que la persistance des divisions ethniques, ont rendu la reconstruction et la réconciliation d'autant plus difficiles⁶⁰⁴.

À cet égard, la CRPC s'est heurtée à de nombreux défis dans la gestion des cas d'occupations multiples en Bosnie-Herzégovine et à plus grande échelle, dans son traitement des demandes de restitution. Bien que son mandat initial de 5 ans ait été prolongé de 3 ans supplémentaires pour finalement aboutir à la fin 2003, la CRPC n'a pas obtenu les effets escomptés. Cela s'explique surtout par sa dépendance aux mécanismes internes pour la mise en œuvre de ses décisions, ce qui a résulté en une faiblesse structurelle de la Commission⁶⁰⁵. En effet, elle devait compter sur les autorités locales pour faire appliquer ses décisions, mais ces dernières étaient souvent réticentes à le faire, car cela allait à l'encontre de leurs intérêts politiques. Dominées par des nationalistes, elles s'opposaient au retour de réfugiés issus de groupes ethniques différents, craignant que cela ne perturbe l'équilibre ethnique établi pendant la guerre⁶⁰⁶. L'application des décisions de la CRPC aurait impliqué l'expulsion des occupants actuels des propriétés, qui appartenaient souvent au même groupe ethnique que les autorités locales et une telle mesure aurait été impopulaire auprès de la population et aurait pu provoquer des troubles sociaux. À cet effet, la police, souvent réticente à expulser des membres de son propre groupe ethnique au profit de personnes revenues d'un groupe perçu comme ennemi, tendait à éviter ou à retarder volontairement les expulsions en évoquant comme excuse, notamment le manque de logements de remplacement pour les occupants expulsés⁶⁰⁷. De plus, les autorités bosniaques considéraient la CRPC comme une entité internationalement imposée, préférant ainsi s'appuyer sur leurs propres lois et institutions même si celles-ci étaient imparfaites⁶⁰⁸.

La longueur des délais de traitement par la CRPC a aussi été problématique dans la mesure où les municipalités, demandant l'aide de la Commission pour statuer sur des affaires, avaient souvent déjà résolu la situation au moment où le CRPC s'en saisissait, ce qui n'a offert que peu de « valeur ajoutée » aux mécanismes locaux selon certains⁶⁰⁹. Conséquemment, les autorités locales ont exploité les faiblesses et les ambiguïtés de la législation sur la propriété pour entraver la restitution⁶¹⁰.

⁶⁰⁴ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 89.

⁶⁰⁵ Smit, *supra* note 11 à la p 63.

⁶⁰⁶ Bradley, *supra* note 21 à la p 127.

⁶⁰⁷ Hastings, *supra* note 547 aux pp 234-242.

⁶⁰⁸ *Ibid* à la p 223.

⁶⁰⁹ Smit, *supra* note 11 à la p 63.

⁶¹⁰ Philpott, « From the Right to Return » *supra* note 464 à la p 54.

Par ailleurs, la CRPC manquait d'un mécanisme d'appel, ce qui plaçait la Bosnie en violation de la Convention européenne des droits de l'Homme en privant les demandeurs d'un recours juridique essentiel pour contester les décisions qu'ils estimaient injustes ou erronées, et limitait la capacité de la Commission à répondre efficacement aux cas particulièrement complexes en engendrant des erreurs judiciaires et des injustices, laissant les parties lésées sans possibilité d'obtenir réparation⁶¹¹. À cet effet, la CEDH, et en particulier l'article 6, garantit le droit à un procès équitable, ce qui inclut le droit à un recours effectif⁶¹². Ce droit soutient la possibilité pour toute personne de contester une décision judiciaire devant une juridiction supérieure, ce dont l'absence de mécanisme d'appel au sein de la CRPC les privait⁶¹³.

La CRPC a également été critiquée par les juristes internationaux pour avoir prévu la possibilité de ne pas exercer le droit au retour ainsi que le désir de ne pas le faire. À cet effet, elle prévoyait la protection des droits de propriété même lorsque le droit au retour ne pouvait être protégé⁶¹⁴. Ainsi, bien que la CRPC ait été conçue à l'origine pour permettre un contrôle international du processus de restitution, ses objectifs ont été entravés par des failles structurelles et des limites institutionnelles face à des dizaines de milliers de demandes, ce qui l'a reléguée à un rôle subsidiaire d'arbitre parallèle dans le processus de restitution administré au niveau national⁶¹⁵.

3.2.1.2 Le Plan de Mise en œuvre du droit de Propriété

Face aux lenteurs et aux blocages rencontrés par la CRPC, la communauté internationale a lancé le Plan de Mise en œuvre du droit de Propriété ou le PLIP (*Property Law Implementation Plan* en anglais) en 1999. Initialement conçu par l'OSCE et l'OHR, le plan a été adopté par les dirigeants du HCR, de l'OSCE, de l'OHR et de l'UNMIBH⁶¹⁶. Il s'agissait d'un plan d'action plus large visant à accélérer le processus de restitution des biens en intensifiant la pression internationale sur les autorités locales pour qu'elles appliquent les lois relatives à la propriété. Cette initiative a été orchestrée à un niveau central par l'unité PLIP basée à Sarajevo qui a conçu des stratégies politiques et d'intervention. En parallèle, un réseau d'agents

⁶¹¹ Bradley, *supra* note 21 à la p 132.

⁶¹² *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 154.

⁶¹³ Bradley, *supra* note 21 à la p 132.

⁶¹⁴ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 80.

⁶¹⁵ Charles Philpott, « Though the Dog Is Dead, the Pig Must Be Killed: Finishing with Property Restitution to Bosnia-Herzegovina's IDPs and Refugees » (2005) 18:1 *Journal of Refugee Studies* à la p 16.

⁶¹⁶ Hastings, *supra* note 547 à la p 243.

internationaux a été déployé sur le terrain pour surveiller la mise en œuvre dans chaque municipalité à travers la Bosnie⁶¹⁷.

La restitution des propriétés était considérée par la communauté internationale comme un élément crucial pour la réconciliation et la reconstruction du pays, puisque perçue comme un moyen de réparer les injustices passées et faciliter le retour des personnes déplacées internes et réfugiés⁶¹⁸. À cet effet, s'il n'existe pas de possibilité pour les réfugiés et les personnes déplacées de retourner à leur propriété « les efforts visant à la réintégration et à la durabilité, tel que l'emploi, l'éducation et les soins de santé n'ont aucun sens »⁶¹⁹.

Le Plan de mise en œuvre de la propriété (PLIP) reposait sur des changements majeurs de la loi foncière, la création de commissions de la propriété à l'échelle nationale, et des sanctions judiciaires contre ceux qui bloquaient le retour, notamment les responsables municipaux et du logement refusant d'appliquer la loi. Le plan incluait aussi la formation des autorités du logement, l'octroi de moyens pour appliquer la loi foncière, et une campagne d'information pour les occupants actuels sur leurs droits⁶²⁰. Afin d'encourager fortement la Bosnie à mettre en place ces réformes, la communauté internationale a présenté l'application de nouvelles lois sur la propriété comme condition préalable à l'adhésion de la Bosnie-Herzégovine au Conseil de l'Europe et à la Communauté européenne⁶²¹.

Plutôt que de se limiter au droit au retour, parfois instrumentalisé politiquement pour perpétuer la ségrégation ethnique, le PLIP a privilégié la reconnaissance et l'application concrète des droits de propriété de chaque citoyen, sans distinction d'origine ethnique ou de lieu de résidence durant le conflit. Cette approche visait à assurer une application impartiale des lois foncières, permettant à tous, réfugiés et déplacés enregistrés ou non, d'exercer pleinement leurs droits de propriété⁶²².

⁶¹⁷ Philpott, « From the Right to Return » *supra* note 464 à la p 42.

⁶¹⁸ Philpott, « Though the Dog Is Dead » *supra* note 607 à la p 6.

⁶¹⁹ Prettitore, *supra* note 560 à la p 4.

⁶²⁰ Hastings, *supra* note 547 à la p 243.

⁶²¹ Prettitore, *supra* note 560 à la p 16.

⁶²² Philpott, « Though the Dog Is Dead » *supra* note 607 à la p 6.

Initialement vu comme un succès pour avoir structuré des actions ponctuelles et amélioré la coordination, le PLIP a paradoxalement décliné avec la baisse de l'intérêt international et la réallocation des ressources. Des tensions internes, liées à la rationalisation des opérations internationales et à la réduction des fonds dès 2001, ont aussi contribué à ce déclin. Bien qu'ayant continué à jouer un rôle, le PLIP a vu l'implication de ses membres diminuer. Ainsi, malgré sa contribution à l'avancement des droits de propriété et du droit au retour, il n'a pas complètement inversé le nettoyage ethnique ni assuré le retour de tous les déplacés. Le processus a néanmoins souligné la nécessité d'une approche plus globale du retour, intégrant sécurité, soutien économique et réformes politiques⁶²³. Notamment, un des enseignements clés du projet a été que le processus a atteint une véritable efficacité lorsqu'il a évolué d'une initiative dominée par des influences politiques vers un système basé sur le respect de l'État de droit et la protection des droits individuels⁶²⁴.

Dans le contexte de la restitution des biens en Bosnie-Herzégovine, il était crucial de reconnaître et d'intégrer les spécificités de la situation des femmes dans les mécanismes de réparation pour violation du droit de propriété. Historiquement et avant la guerre, les biens mobiliers et immobiliers étaient principalement détenus par des membres masculins de la famille. Cette réalité a créé des obstacles significatifs pour les femmes dans la période d'après-guerre, principalement pour celles qui étaient divorcées, ou dont les membres masculins de la famille ont été tués ou portés disparus. À cet effet, il était essentiel pour le PLIP de garantir que les femmes puissent revendiquer leurs droits de propriété, même en l'absence de documents officiels souvent détenus par les hommes, ce qui pouvait nécessiter des ajustements législatifs pour permettre des preuves alternatives de propriété, telles que des témoignages ou des documents communautaires⁶²⁵.

Ensuite, les programmes de restitution doivent inclure des mesures de soutien spécifiques pour les femmes, telles que l'assistance juridique gratuite et des campagnes de sensibilisation sur leurs droits. Ces initiatives peuvent aider à surmonter les barrières culturelles et sociales qui empêchent les femmes de revendiquer leurs droits. Enfin, il est important de former les autorités locales et les agents impliqués dans

⁶²³ *Ibid* aux pp 14-20.

⁶²⁴ Prettitore, *supra* note 560 à la p 13.

⁶²⁵ Women's International League for Peace and Freedom (WILPF), *The Concept and Framework for the Development of a Gender-Sensitive Reparations Program for Civilian Victims of War in Bosnia and Herzegovina*, WILPF, 2015, en ligne: < <https://wilpf.org/wp-content/uploads/2018/04/Gender-Sensitive-Reparations-Program.pdf> > aux pp 42-43.

le processus de restitution pour qu'ils soient sensibles aux questions de genre. Cela inclut la reconnaissance des biais potentiels et la mise en œuvre de pratiques qui garantissent l'égalité d'accès pour tous, indépendamment du genre. En intégrant ces considérations, le processus de restitution des biens peut devenir un outil plus efficace et équitable pour réparer les injustices passées et promouvoir une société plus inclusive et égalitaire⁶²⁶.

En conclusion, la guerre en Bosnie-Herzégovine de 1992 à 1995 a entraîné des déplacements massifs de population en raison de violations de droits humains, et une confiscation généralisée de biens transformant le paysage de la propriété dans le pays. Pour remédier à ces injustices et favoriser la réconciliation, la restitution des biens est apparue comme un élément central de l'accord de paix de Dayton. Cet accord, tout en reconnaissant le droit au retour des réfugiés et des personnes déplacées, a également ouvert la voie à des réformes majeures des droits de propriété jetant ainsi les bases d'un processus de restitution complexe, mais finalement réussi avec plus d'un million de demandes de restitution déposées auprès de la CRPC dont 90 % d'entre elles sont résolues⁶²⁷.

Comme nous avons abordé dans la section sur la justice transitionnelle, la restitution est désormais considérée comme une forme de réparation parmi d'autres tout comme l'indemnisation, la réadaptation et la satisfaction. À cet effet, il est estimé que le choix du type de réparation le plus approprié doit être déterminé au cas par cas, en tenant compte des besoins spécifiques des victimes et du contexte⁶²⁸ et entrepris dans un processus de JT plus large de la même façon que les poursuites pour crimes de guerre, les réparations pour les victimes de violences sexuelles et les mécanismes de vérité, des éléments que nous aborderons dans les prochaines sections. À ce propos, les jugements du TPIY, en établissant la réalité des crimes commis et en identifiant les responsables, ont pu servir de fondement juridique pour des demandes de restitution de biens au niveau national dans la mesure où la condamnation d'un individu pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité peut, par exemple, faciliter la restitution de biens spoliés à des victimes si le lien entre le crime et la spoliation est établi⁶²⁹.

⁶²⁶ *Ibid.*

⁶²⁷ Philpott, « From the Right to Return » *supra* note 464 à la p 30.

⁶²⁸ Williams, «The Contemporary Right» *supra* note 396 à la p 6.

⁶²⁹ Carla Ferstman et Sheri P. Rosenberg, « Reparations in Dayton's Bosnia and Herzegovina » dans Carla Ferstman et Mariana Goetz eds., *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity : systems in place and systems in the making* (2e édition révisée), Leiden, Brill Nijhoff, 2020 à la p 574.

3.2.2 Mécanismes judiciaires

Bien que des tribunaux locaux aient été mis en place pour juger les crimes commis durant la guerre de paire avec le TPIY, leur efficacité a été limitée par plusieurs défis, notamment le manque de ressources, les préjugés ethniques et la protection insuffisante des témoins⁶³⁰. Ainsi, la prochaine section abordera la justice pénale en Bosnie sous le couvert quasi exclusif de la TPIY en raison de son traitement du genre dans ses décisions.

3.2.2.1 Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Tel que l'indique Mark Freeman, la Bosnie d'après-guerre s'est caractérisée par le « dilemme classique » dans le domaine de la justice transitionnelle, soit un « contexte marqué par une demande de justice exceptionnellement élevée et une capacité ou une volonté exceptionnellement faible de la rendre »⁶³¹. Afin de renforcer les capacités de la Bosnie-Herzégovine à desservir la justice après les violations graves de droits humains ayant eu lieu sur son territoire, le TPIY a été établi par l'ONU en 1993. C'est via la Résolution 827 que le Conseil de Sécurité a officiellement créé le TPIY, et ce, « dans le seul but de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie »⁶³², bien qu'on ait prévu pour le tribunal un impact plus grand spécialement sur la sphère politique⁶³³. Cependant, le TPIY n'était pas conçu pour examiner le fonctionnement global de la société ni pour déterminer les structures de pouvoir qui avaient facilité les crimes⁶³⁴.

En effet, le TPIY agissait à titre de mesure de justice pénale individuelle, axée sur la responsabilité personnelle des accusés, et non d'une justice transitionnelle holistique visant à transformer puisqu'étant limité par son mandat et ses procédures, ce qui ne lui permettait pas d'analyser de manière exhaustive

⁶³⁰ Mark Freeman, « Bosnia and Herzegovina: Selected Developments in Transitional Justice » (2004) International Center for Transitional Justice, en ligne: < <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-FormerYugoslavia-Bosnia-Developments-2004-English.pdf> > à la p 5.

⁶³¹ *Ibid* au para B.

⁶³² NU, Conseil de Sécurité, *Resolution 827 (1993)[on establishment of the International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991]*, Doc off SC NU, 3217e séance, Doc NU S/RES/827 à la section 2.

⁶³³ Arnaud Kurze et Iva Vukusic, « Afraid to Cry Wolf: Human Rights Activists' Struggle of Transnational Accountability Efforts in the Balkans » dans Olivera Simić et Zala Volčič eds., *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 217.

⁶³⁴ Jelena Pejic, « The Yugoslav Truth and Reconciliation Commission: A Shaky Start » (2001) 25:1 Fordham Int'l LJ à la p 3.

le contexte social et politique dans lequel les crimes avaient été commis. Conséquemment, l'examen des circonstances entourant les crimes, notamment les campagnes de nettoyage ayant causé la mort et la disparition forcée de plus de 83,33 % des civils bosniaques de confession musulmane⁶³⁵, était un objectif secondaire et subordonné à la démonstration de la culpabilité individuelle des accusés⁶³⁶. Le TPIY a d'ailleurs été accueilli positivement par la population musulmane, car il représentait une alternative à l'absence d'intervention militaire occidentale qu'ils avaient tant espérée pour mettre fin à la guerre⁶³⁷.

Premier tribunal pénal international depuis les procès de Nuremberg, le TPIY symbolisait, en effet, l'espoir d'une justice impartiale pour les victimes de crimes de guerre, mais suscitait aussi des doutes quant à sa capacité à mettre fin à la violence et à instaurer une paix durable⁶³⁸. Certains craignaient notamment que le TPIY ne soit perçu comme une justice des vainqueurs compte tenu de son établissement par le SC, dominé par les grandes puissances en raison du droit de veto accordé aux membres permanents comme les États-Unis et la Grande-Bretagne qui avaient aussi participé aux attaques de l'OTAN en vue de mettre fin à la guerre⁶³⁹.

Si la majorité des efforts internationaux au sein du TPIY se sont d'abord concentrés vers la RS « d'où étaient originaires la plupart des auteurs des atrocités commises pendant la guerre », quelques Croates de Bosnie ont aussi été amenés devant la justice, notamment un certain nombre de hauts dirigeants de l'armée bosniaque⁶⁴⁰. À ce titre, l'exemple le plus marquant est celui des généraux croates Ante Gotovina et Mladen Markač, dont la condamnation en 2011 pour crimes de guerre commis contre des Serbes de Croati⁶⁴¹, a nourri un profond sentiment d'injustice et a engendré une méfiance envers la justice internationale. Ce cas met d'ailleurs en lumière la complexité du travail du TPIY, celui-ci étant contraint de

⁶³⁵ Diane Orentlicher, « That Someone Guilty Be Punished: The Impact of the ICTY in Bosnia » (2010) Open Society Justice Initiative/International Center for Transitional Justice, en ligne: <<https://www.justiceinitiative.org/uploads/e18cc4a9-a631-4471-a22d-29a203662478/that-someone-guilty-20100708.pdf>> à la p 13.

⁶³⁶ Pejic, *supra* note 625 à la p 2.

⁶³⁷ Dan Saxon, « Exporting Justice: Perceptions of the ICTY Among the Serbian, Croatian, and Muslim Communities in the Former Yugoslavia » (2005) 4 *Journal of Human Rights* à la p 563.

⁶³⁸ Orentlicher, *supra* note 626 à la p 11.

⁶³⁹ Janine Natalya Clark, « The Impact Question: The ICTY and the Restoration and Maintenance of Peace » dans Bert Swart, Alexander Zahar et Göran Sluiter eds., *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, Oxford University Press, 2011 à la p 67.

⁶⁴⁰ Human Rights Watch, « A Chance for Justice », *supra* note 448.

⁶⁴¹ *Prosecutor v. Ante Gotovina and Mladen Markac*, IT-06-90-A, Jugement (16 November 2012) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie),

naviguer entre impératifs de justice internationale et réalités politiques et sociales locales souvent conflictuelles⁶⁴². Certaines décisions ont ainsi reçu un accueil plutôt froid de la part de la société civile qui considérait « qu'en tant que victimes d'un génocide elle ne devait pas être punie pour les actions défensives de ses dirigeants en temps de guerre »⁶⁴³.

De plus, l'importance de l'origine ethnique dans les procès engendrait des sentiments d'injustice chez les Serbes qui se sentaient « victimisés » par la Cour, et chez les Bosniaques pour qui les sentences clémentes reflétaient une certaine injustice⁶⁴⁴. Dans les faits, les Bosniaques musulmans étaient les plus favorables à la création du TPIY puisqu'ils le considéraient comme un moyen d'obtenir justice pour les atrocités subies, notamment aux mains des Serbes. Les jugements complexes et souvent contradictoires du Tribunal dont on considérait d'ailleurs qu'ils avaient « peu de rapport avec les expériences, les perceptions et les sentiments réels de la communauté musulmane », ainsi que la lenteur notable des procédures ont toutefois ralenti l'enthousiasme de la majorité de la population.⁶⁴⁵ Ce sentiment d'une justice inéquitable ou partielle a pu, dans certains cas, renforcer les divisions et constituer un obstacle au retour des réfugiés.

Les communautés serbes et croates de Bosnie ont été les plus critiques face au TPIY dont ils estimaient les jugements biaisés, citant notamment l'affaire Naser Orić comme exemple⁶⁴⁶. Dans ce cas, Naser Orić, un commandant bosniaque musulman accusé de crimes de guerre contre les Serbes pendant le siège de Srebrenica, a d'abord été reconnu coupable par le TPIY et condamné à deux ans de détention⁶⁴⁷, avant d'être exonéré en Chambre d'appel en 2008⁶⁴⁸, ce qui a provoqué l'indignation de nombreux Serbes qui considéraient qu'il s'agissait d'un déni de justice et d'une preuve que le TPIY était partial en faveur des Bosniaques musulmans⁶⁴⁹. L'influence des élites politiques et des médias serbes a, entre autres, joué un rôle majeur dans la construction de cette perception négative du TPIY en encourageant un sentiment

⁶⁴² Tamara Banjeglav, « Dealing with the Past in Post-war Croatia: Perceptions, Problems, and Perspectives » dans Olivera Simić et Zala Volčič eds., *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 34.

⁶⁴³ Jelena Subotić, *Who Lives In Your Neighborhood? Hijacked Justice: Dealing With The Past In The Balkans*, Ithaca, Cornell University Press, 2009 à la p 127.

⁶⁴⁴ Jamie Rowen, « Truth in the Shadow of Justice » dans Olivera Simić et Zala Volčič eds., *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 126.

⁶⁴⁵ Saxon, *supra* note 628 à la p 564.

⁶⁴⁶ Clark, *supra* note 630 à la p 67.

⁶⁴⁷ *Prosecutor v. Naser Orić (Trial Judgment)*, IT-03-68-T, (30 juin 2006) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

⁶⁴⁸ *Prosecutor v. Naser Orić (Appeal Judgment)*, IT-03-68-A, (3 juillet 2008) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

⁶⁴⁹ Clark, *supra* note 630 aux pp 66-67.

nationaliste serbe ancré dans un récit de victimisation historique. Ainsi, la désinformation et la propagande ont largement contribué à discréditer le Tribunal, le présentant comme un instrument anti-serbe au service des intérêts occidentaux⁶⁵⁰.

Situé à La Haye, le Tribunal était perçu comme une entité éloignée et déconnectée des réalités du terrain en Bosnie. Cette distance géographique a contribué à un manque de sensibilisation et de compréhension du travail du Tribunal auprès de la population locale et a contribué à alimenter les rumeurs et les interprétations erronées⁶⁵¹. Par ailleurs, le TPIY n'a pas traduit ses jugements dans les langues locales de l'ex-Yougoslavie avant 1999, ce qui a créé une barrière linguistique ayant empêché un large accès à l'information et ayant été perçu comme un manque d'efforts du Tribunal à communiquer avec les populations qu'il desservait⁶⁵².

À cet effet, le programme de sensibilisation « Bridging the Gap » du TPIY a été lancé en 2004-2005 dans le but de combler le fossé informationnel entre La Haye et les communautés locales dans le pays, informer les citoyens sur la manière dont le TPIY avait enquêté sur les crimes, décrire l'issue des affaires qui les concernaient et répondre aux questions. Bien que représentant une avancée en matière de recherche de la vérité et de la justice, le programme a été lancé tardivement et a eu du mal à surmonter les perceptions erronées profondément ancrées au sujet du Tribunal et des faits qu'il a établis,⁶⁵³ ce qui a engendré une apathie considérable voire, une hostilité envers le TPIY et la justice pénale internationale dans l'opinion publique. Les sondages révélaient d'ailleurs que le Tribunal était considéré comme l'organisation internationale la moins fiable, avec seulement 51 % des Bosniaques dans la Fédération et 4 % dans la République serbe de Bosnie exprimant leur confiance envers ce dernier en 2002. En 2003, seulement 11 % des Serbes approuvaient la coopération avec le TPIY, et en janvier 2006, ce chiffre était passé à 16 %, tandis que 46 % considéraient cette coopération comme un « mal nécessaire » pour améliorer les relations avec l'Europe occidentale et les États-Unis⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ Saxon, *supra* note 628 à la p 566.

⁶⁵¹ Saxon, *supra* note 628 à la p 566.

⁶⁵² Orentlicher, *supra* note 626 à la p 102.

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ Jill A. Irvine, et Patrice C. McMahon, « From International Courts to Grassroots Organizing: Obstacles to Transitional Justice in the Balkans » dans dans Olivera Simić et Zala Volčič eds., *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 221.

Le TPIY a toutefois joué un rôle important en rassemblant des preuves et en établissant des faits sur les crimes commis pendant les guerres de Yougoslavie, contribuant ainsi à la lutte contre l'impunité en rendant plus difficile pour les discours nationalistes de nier les atrocités commises.⁶⁵⁵ Contrairement aux tribunaux nationaux qui ont souvent eu du mal à poursuivre les personnes haut placées, le TPIY a inculpé et jugé des dirigeants politiques et militaires de haut rang⁶⁵⁶. Aussi, bien que le TPIY ait été critiqué pour son manque d'implication dans le renforcement des systèmes judiciaires nationaux, il a joué un rôle central dans la création de la *Chambre de première instance pour les crimes de guerre en Bosnie-Herzégovine* et a fourni une assistance technique non négligeable aux procureurs locaux⁶⁵⁷. À cet effet, la création du TPIY a envoyé un message fort selon lequel les crimes graves ne resteraient pas impunis et a ainsi pu avoir un effet dissuasif sur la commission de futures atrocités⁶⁵⁸, notamment en étant le premier tribunal international à reconnaître le viol comme crime contre l'humanité, ce qui a contribué à établir des précédents importants en matière de DIH⁶⁵⁹.

Sur plus de soixante-dix actes d'accusation publics portés devant le tribunal, seulement 8 portaient le chef de génocide, ce qui dénote la réticence du Tribunal à juger de la question, notamment en raison du précédent du Rwanda. Ainsi, même si le TPIY a été créé en partie pour poursuivre le crime de génocide, il est rapidement devenu évident que l'accent serait mis sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité⁶⁶⁰. À cet effet, le Statut du TPIY définit les crimes contre l'humanité comme tout acte inhumain, y compris la déportation ou le transfert forcé de population, commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile⁶⁶¹. Le Tribunal a d'ailleurs interprété ces actes comme incluant le nettoyage ethnique qui implique la déportation ou le transfert forcé d'une population d'une zone géographique particulière, souvent accompagnés d'autres crimes tels que le meurtre, la torture et la persécution. Par exemple, dans l'affaire *Prosecutor v. Krstic*, le TPIY a jugé que le massacre de Srebrenica qui impliquait l'expulsion forcée de milliers de Bosniaques

⁶⁵⁵ Denisa Kostovicova, *Reconciliation by stealth : how people talk about war crimes*, Ithaca, Cornell University Press, 2023 à la p 22.

⁶⁵⁶ Saxon, *supra* note 628 à la p 569.

⁶⁵⁷ Orentlicher, *supra* note 626 à la p 45.

⁶⁵⁸ Saxon, *supra* note 628 à la p 569.

⁶⁵⁹ Julien Pieret, « Une justice pénale internationale vue par les femmes : continuités et bifurcations dans les analyses féministes de la pénalité » (2016) Vol. XIII Champ pénal/Penal field, en ligne : <<https://journals.openedition.org/champpenal/9224> > à la p 25.

⁶⁶⁰ William A. Schabas, « Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina – First Judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (2001) 25 FORDHAM INT'L L.J. aux pp 27-28.

⁶⁶¹ *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Doc off NU CES 48e sess, annexe, Doc NU S/25704 (1993) à l'article 7(1).

musulmans et le meurtre de milliers d'hommes et de garçons, constituait un acte de génocide, ainsi qu'un crime contre l'humanité relevant du nettoyage ethnique. Krstic était le commandant du corps de la Drina, une unité de l'armée serbe de Bosnie ayant participé à la prise de Srebrenica. Après la chute de l'enclave, Krstic a joué un rôle dans la détention et l'exécution des hommes et garçons musulmans bosniaques. Bien qu'il n'ait pas personnellement tué de victimes, le TPIY a estimé qu'il avait connaissance du plan d'extermination, qu'il y avait participé activement et qu'en plus, il n'avait rien fait pour arrêter ses troupes dont il aurait dû connaître l'implication⁶⁶². En août 2001, Krstic a été reconnu coupable de génocide et condamné à 46 ans de prison. Cette condamnation, la première pour génocide prononcée par le TPIY, a été saluée comme une victoire historique pour la justice internationale⁶⁶³.

3.2.2.1.1 Prise en compte du genre et présence des femmes dans le TPIY

Le Statut de Rome qui établit la CPI inclut le terme « genre » dans sa version anglaise alors que la version en français se réfère aux termes « sexistes » ou « sexe »⁶⁶⁴. Cette reconnaissance du genre dans la version anglophone, bien que sujette à interprétation, témoigne d'une évolution dans la prise en compte des discriminations fondées sur le genre en droit international pénal dans la mesure où elle reconnaît « qu'aux côtés de la division biologique entre les sexes, des discriminations trouvent leur source dans la division socialement construite des rôles attribués aux hommes et aux femmes et qu'en cas de conflits armés, ces secondes discriminations pouvant se situer à l'origine de comportements criminels »⁶⁶⁵. De plus, l'Article 7 du Statut de Rome définit les crimes contre l'humanité, y compris le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et d'autres formes de violences sexuelles de gravité comparable⁶⁶⁶ et considère ces actes comme des crimes de guerre⁶⁶⁷, reconnaissant ainsi leur prépondérance dans le contexte des conflits armés⁶⁶⁸.

À cet effet, le TPIY a été considéré comme une avancée notable dans le traitement des violences de genre en droit international, principalement en raison de sa reconnaissance du viol et des violences sexuelles

⁶⁶² *Prosecutor v. Radislav Krstic (Trial Judgement)*, IT-98-33, Jugement (2 August 2001) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie)

⁶⁶³ Schabas, *supra* note 651 aux pp 49-50.

⁶⁶⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 262.

⁶⁶⁵ Pieret, *supra* note 650 aux pp 1-2.

⁶⁶⁶ *Statut de Rome*, *supra* note 262 à l'article 7.

⁶⁶⁷ *Ibid* à l'article 8.

⁶⁶⁸ Naraghi-Anderlini, *supra* note 235 à la p 104.

comme crimes de guerre et crimes contre l'humanité, mais aussi grâce à l'ajout de femmes et d'experts en matière de genre dans le personnel du Tribunal, ainsi qu'à l'inclusion et la considération accordée aux femmes témoins et à la participation d'organisations et de groupes de femmes locaux⁶⁶⁹.

Afin d'inclure la notion de genre, deux approches sont normalement comparées : l'intégration des questions de genre dans l'ensemble de l'organisation et de ses programmes et l'approche qui prévoit la création d'un *focal point* ou d'une unité chargée des questions de genre au sein de l'organisation, généralement un individu désigné au sein d'une organisation ou d'un programme pour assurer l'intégration d'une perspective de genre dans son travail. Dans le cadre du TPIY et comme nous verrons un peu plus loin, ces deux approches ont été combinées afin d'assurer une meilleure réponse aux violences genrées⁶⁷⁰.

Tel qu'abordé au début de ce chapitre, les femmes ont été victimes de violences multiples de la part des soldats, des groupes paramilitaires et de membres de la société civile durant le conflit en Bosnie. En définissant le viol comme un crime de guerre, le TPIY a établi un précédent important dans le droit international, notamment puisque presque la moitié des personnes accusées par le TPIY faisaient face à des accusations de violences sexuelles. Cet aspect est crucial, car cela démontre que le tribunal a pris au sérieux la poursuite de ces crimes, ce qui n'était pas toujours le cas dans d'autres processus judiciaires internationaux ou nationaux⁶⁷¹. L'attention du Tribunal envers les crimes sexuels s'explique surtout par le rôle crucial joué par les militantes des droits des femmes, en particulier celles de Bosnie, qui ont travaillé en collaboration avec des organisations internationales afin de faire pression sur le TPIY pour qu'il reconnaisse et poursuive les violences sexuelles commises pendant les conflits en ex-Yougoslavie⁶⁷².

Bien que tous les cas de viol et de violences sexuelles aient impliqué des femmes⁶⁷³ l'affaire Tadić a marqué un tournant dans la reconnaissance et la poursuite de ces actes en tant que crimes de guerre en établissant un précédent pour les tribunaux internationaux. Notamment, cette jurisprudence, une première en matière de reconnaissance des violences sexuelles commises par des hommes contre d'autres hommes, a

⁶⁶⁹ Julie Mertus, « Women's Participation in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY): Transitional Justice for Bosnia and Herzegovina » (2004), Women Waging Peace Policy Commission, en ligne: http://www.peacewomen.org/sites/default/files/women_s_participation_in_the_international_criminal_tribunal_for_the_former_yugoslavia_icty_transitional_justice_for_bosnia_and_herzegovina_0.pdf à la p 11.

⁶⁷⁰ *Ibid* à la p 12.

⁶⁷¹ Potter et Abernethy, *supra* note 517 à la p 176.

⁶⁷² Orentlicher, *supra* note 626 à la p 71.

⁶⁷³ Mertus, *supra* note 661 à la p 13.

mis en évidence le besoin de stratégies d'enquête spécialisées et de protection des témoins en abordant les difficultés rencontrées pour prouver les crimes de violence sexuelle, en particulier dans les situations de conflit où les preuves matérielles peuvent être rares ou difficiles à obtenir⁶⁷⁴. De plus, elle a permis de mettre en lumière la notion voulant qu'un individu peut être accusé pour avoir encouragé des crimes sexuels même si ce dernier n'a pas directement commis ces actes⁶⁷⁵.

Dans cette première affaire portée devant le TPIY, l'accusé Duško Tadić, un ancien propriétaire de café serbe a été jugé pour des crimes commis dans les camps de détentions d'Omarska, Keraterm et Trnopolje en Bosnie-Herzégovine⁶⁷⁶. En effet, pendant l'attaque de la ville de Kozarac en avril et mai 1992 par le Parti, des civils non serbes ont été brutalement battus, volés et tués par les forces serbes et les survivants ont été enfermés dans des camps où ils ont subi des violences physiques, sexuelles, des tortures, des exécutions et des abus psychologiques, et ce, dans des conditions de détention insalubres et surpeuplées. À cet effet, Tadić a d'abord été reconnu coupable par la Chambre de première instance du TPIY de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, puis condamné à 20 ans de prison. La Chambre d'appel l'a ensuite reconnu coupable de crimes supplémentaires, entraînant le réexamen de la cause par la Chambre qui a jugé les crimes contre l'humanité plus graves que les crimes de guerre et finalement condamné l'accusé à 25 ans de prison⁶⁷⁷.

L'affaire Tadić a établi plusieurs précédents importants pour le traitement des violences sexuelles par le TPIY. Premièrement, elle a confirmé que les agressions sexuelles constituaient des crimes de guerre et des violations graves des Conventions de Genève, même lorsqu'elles étaient commises par des acteurs non étatiques et dans des conflits armés non internationaux. Ensuite, l'affaire a mis en lumière la prévalence des violences sexuelles entre hommes en temps de guerre, un aspect souvent négligé dans les discussions sur les violences sexuelles. Finalement, ce procès a permis au TPIY d'appliquer ses règles de procédure, démontrant ainsi que la justice pénale internationale était possible tout en protégeant les droits des accusés à un procès équitable. En somme, l'affaire Tadić a contribué à élargir la reconnaissance des violences sexuelles comme des crimes graves dans le cadre du DIH⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Pieret, *supra* note 650 à la p 24.

⁶⁷⁵ Mertus, *supra* note 661 à la 19

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ *Prosecutor v. Dusko Tadic aka "Dule" (Opinion and Judgment)*, IT-94-1-T, (7 mai 1997) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie).

⁶⁷⁸ Mertus, *supra* note 661 à la p 19.

Si cette première affaire a pu être entendue, c'est notamment en raison des efforts et des plaidoyers des défenseurs des droits des femmes, qui ont été essentiels pour attirer l'attention du public et de la communauté internationale sur la prévalence de ces crimes et sur la nécessité de demander des comptes aux auteurs⁶⁷⁹. En effet, ces dernières ont également insisté pour que des expertes en genre soient intégrées aux structures du TPIY, ce qui a permis d'accroître la participation des femmes à la prise de décision et de sensibiliser le personnel aux dimensions de genre des crimes de guerre⁶⁸⁰. Malgré la faible présence des femmes au sein des entités judiciaires, notons qu'il n'y a eu jamais plus que 3 femmes sur les 18 juges du TPIY⁶⁸¹, l'apport de ces dernières a été important, notamment en termes de procédures.

À cet effet, les juges féminines ont dicté des règles procédurales nécessitant une plus grande sensibilité aux questions du genre et offrant une plus grande protection pour les victimes⁶⁸². Notamment, le groupe de juges ayant rédigé les règles de preuve et de procédure du Tribunal dirigé par l'honorable Gabrielle Kirk-McDonald⁶⁸³ a émis la règle de procédure 96, une disposition unique en son genre concernant la preuve dans les affaires d'agression sexuelle. Conçue pour protéger les victimes de violences sexuelles et garantir que ces crimes soient traités avec le sérieux qu'ils méritent⁶⁸⁴, cette règle stipule qu'aucune corroboration du témoignage de la victime par des témoins n'est nécessaire⁶⁸⁵, ce qui signifie que le témoignage d'une victime de viol ou d'agression sexuelle peut être suffisant pour établir la preuve, sans besoin de preuves supplémentaires. De plus, ce principe indique que le consentement ne peut pas être invoqué comme défense si la victime a été soumise à, menacée de, ou a eu des raisons de craindre la violence, la contrainte, la détention ou l'oppression psychologique⁶⁸⁶. En plus d'établir un cadre offrant plus de protection aux témoins, la présence active de juges féminines a aussi eu des impacts sur les témoignages, notamment les témoins masculins s'exprimaient plus librement devant des femmes juges, et les avocats de la défense montraient plus de respect envers les témoins féminins sous la présidence d'une femme⁶⁸⁷.

⁶⁷⁹ Naraghi-Anderlini, *supra* note 235 à la p 104.

⁶⁸⁰ Mertus, *supra* note 661 à la p viii.

⁶⁸¹ *Ibid* à la p vi.

⁶⁸² Mertus, *supra* note 661 à la p viii.

⁶⁸³ *Ibid* à la p 11.

⁶⁸⁴ Mertus, *supra* note 661 à la p 21.

⁶⁸⁵ Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), *Rules of Procedure and Evidence*, Doc off NU IT/32/Rev.7 (1996) à l'article 96 A(i).

⁶⁸⁶ *Ibid* à l'article 96 A(ii).

⁶⁸⁷ Naraghi-Anderlini, *supra* note 235 à la p 105.

La présence des femmes dans des postes clés en charge d'enquêter les violations de droits humains commises a aussi porté fruit dans la mesure où, en raison de leurs expériences et de leurs perspectives uniques, les femmes enquêteurs étaient mieux à même de gagner la confiance des victimes de violences sexuelles et d'obtenir des témoignages essentiels que les hommes n'auraient peut-être pas pu recueillir. Notamment, l'établissement par le Tribunal en 1995 d'une équipe spécialisée pour enquêter sur les abus sexuels composé exclusivement de spécialistes femmes ayant des notions approfondies sur les crimes genrés et leur traitement a permis d'assurer que ces crimes, qui faisaient d'ailleurs toujours parti du mandat d'enquête des autres équipes, ne soient pas relégués au second plan et fassent l'objet de recours judiciaires⁶⁸⁸. De plus, l'inclusion d'enquêtrices a permis au tribunal de solliciter davantage de témoins féminins qui se sentaient plus à l'aise de discuter des violences subies avec une autre femme⁶⁸⁹.

Au niveau de la société civile, les organisations de femmes ont joué un rôle essentiel en attirant l'attention sur l'impact spécifique des conflits sur les femmes et en plaidant pour la prise en compte des questions de genre dans les mécanismes de JT⁶⁹⁰. À cet effet, les femmes en Bosnie ont une longue tradition de participation dans les sphères politiques, économiques et civiles, bien que souvent dans des rôles subalternes par rapport aux hommes. Ainsi, pendant et après la guerre, de nombreuses femmes se sont tournées vers le travail au sein d'ONG comme moyen de faire face au stress de la guerre et de maintenir une identité plus large face au nationalisme strident⁶⁹¹.

En travaillant à promouvoir une participation significative des femmes aux processus de paix et de justice transitionnelle, ces organisations ont souligné l'importance de la représentation des femmes à tous les niveaux de la prise de décision et ont plaidé pour des mécanismes garantissant que les voix des femmes soient entendues⁶⁹². Elles ont notamment entrepris diverses initiatives, telles que des centres de crise pour les victimes, des activités de recherche et académiques, ainsi que des actions humanitaires pour les réfugiés et les personnes déplacées. Par exemple, la campagne « Women Can Do It » a créé des programmes de formation pour encourager la participation des femmes dans le processus politique et les aider à atteindre des postes de décision politique⁶⁹³. Toutefois, les organisations de femmes locales ont souvent été confrontées à un manque de ressources financières et matérielles, ce qui a limité

⁶⁸⁸ Mertus, *supra* note 661 à la p 12.

⁶⁸⁹ Naraghi-Anderlini, *supra* note 235 à la p 105.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ Mertus, *supra* note 661 à la p 7.

⁶⁹² Women's International League for Peace and Freedom, *supra* note 617 à la p 29.

⁶⁹³ Mertus, *supra* note 661 aux pp 7-10.

leur capacité à mettre en œuvre leurs programmes et à atteindre un public plus large. Afin de palier à ces difficultés, elles ont notamment collaboré avec des ONG internationales pour accéder à des ressources, à une expertise et à un soutien technique⁶⁹⁴ tout en reconnaissant l'importance du réseautage et de la création de coalitions pour amplifier leurs voix et plaider plus efficacement en faveur du changement⁶⁹⁵.

Au fil du temps, et en raison de la diminution du soutien international, de nombreuses organisations locales de femmes en Bosnie ont réorienté leurs efforts initialement concentrées sur les «intérêts pratiques de genre» (qui incluent la fourniture de services sociaux tels que le soutien psychologique et l'aide humanitaire), vers des «intérêts stratégiques de genre», ce qui signifie qu'elles se sont engagées dans des initiatives visant à provoquer des changements institutionnels à long terme et à transformer les structures politiques et sociales. Cette évolution a permis aux ONG de femmes de jouer un rôle crucial dans la promotion de la démocratie et de l'égalité des genres en Bosnie, en s'attaquant aux structures qui perpétuent les inégalités et en cherchant à influencer les politiques publiques pour un changement durable⁶⁹⁶.

En conclusion, la participation des femmes dans toutes les sphères du TPIY a été cruciale pour le succès du tribunal. En effet, leur présence dans divers rôles, qu'ils soient juridiques, administratifs ou décisionnels, a contribué à enrichir les perspectives et à améliorer l'efficacité du Tribunal, notamment en matière de violences sexuelles et de crimes fondés sur le genre. Par ailleurs, l'expérience du TPIY a également mis en lumière l'importance de sensibiliser tout le personnel, et en particulier les hommes, aux questions de droits humains et de genre. Cela implique qu'il ne suffit pas seulement d'inclure des femmes dans l'organisation ; il est également crucial que tous les membres du personnel soient formés et conscients des enjeux liés aux droits humains et à l'équité entre les sexes. Cette sensibilisation est nécessaire pour garantir que le tribunal fonctionne de manière juste et efficace, en tenant compte des impacts spécifiques des conflits sur les femmes et en s'assurant que la justice de genre est intégrée dans tous les aspects de son travail⁶⁹⁷.

Ainsi, le TPIY a joué un rôle essentiel dans la poursuite des auteurs de crimes graves commis pendant les conflits en ex-Yougoslavie. Cependant, ses limites inhérentes à sa nature de tribunal pénal international,

⁶⁹⁴ Potter et Abernethy, *supra* note 517 aux pp 172-173.

⁶⁹⁵ Women's International League for Peace and Freedom, *supra* note 617 à la p 5.

⁶⁹⁶ Mertus, *supra* note 661 à la p 20.

⁶⁹⁷ *Ibid* aux pp 12-13.

son incapacité à répondre pleinement aux besoins des victimes et son manque d'ancrage local ont ouvert la voie à des initiatives locales comme RECOM, qui cherchaient à compléter et à prolonger le travail du TPIY tout en privilégiant une approche plus globale et inclusive de la justice transitionnelle.

3.2.3 Mécanismes non judiciaires visant l'établissement de la vérité et la réconciliation

3.2.3.1 Initiative RECOM

RECOM est une initiative transnationale établie en 2005 visant à établir une commission vérité et réconciliation pour l'ex-Yougoslavie, née de la frustration de certaines organisations de la société civile face aux limites des mécanismes de justice transitionnelle existants. RECOM a émergé du partenariat entre le Centre d'information et de documentation (IDC) en Bosnie-Herzégovine, le Centre de droit humanitaire (HLC) en Serbie et Dokumenta en Croatie, trois organisations de défense des droits humains dans la région des Balkan qui ont notamment organisé des forums régionaux afin d'informer les populations en «sollicitant la contribution de survivants, d'universitaires, de jeunes et d'autres personnes intéressées par de nouvelles stratégies pour enquêter, documenter et faire connaître les faits relatifs à la violence» et aux violations de droits humains commises durant les conflits⁶⁹⁸.

Bien qu'il y ait eu auparavant des commissions d'enquête afin de jeter la lumière sur certains événements particulièrement traumatiques, le massacre de Srebrenica par exemple, qui a fait l'objet d'un tel mécanisme ayant eu comme effet d'établir le nombre de victimes sans toutefois avoir donné lieu à des audiences publiques, ces dernières n'étant conçues que pour intervenir sur une situation particulière. Afin de faciliter le processus et avoir une vision plus globale des violations de droits humains et leurs effets sur la population, les parties à l'initiative ont alors choisi d'établir une commission régionale⁶⁹⁹.

Le précepte de base de RECOM était que « le progrès ne résidait pas dans l'augmentation du personnel, l'amélioration des stratégies ni sur la présence sur place du système judiciaire, mais bien dans la manière dont les personnes ayant le plus souffert pendant les conflits étaient intégrées dans les tentatives de gestion du passé»⁷⁰⁰. Ainsi, RECOM visait à clarifier sur les crimes de guerre et les violations des droits de l'homme commis entre le 1er janvier 1991 et le 31 décembre 2001, pas seulement en identifiant les auteurs et les victimes, mais aussi par l'établissement d'un récit factuel et objectif des événements. Si dans

⁶⁹⁸ Rowen, *supra* note 635 à la p 126.

⁶⁹⁹ *Ibid* p. 127

⁷⁰⁰ Kurze et Vukusic, *supra* note 624 à la p 205.

les faits les objectifs et le portrait général de l'initiative ressemblaient à une commission vérité, les acteurs principaux étaient réticents à associer RECOM à un tel mécanisme de JT en raison notamment du manque d'information de la société civile⁷⁰¹. Une étude de 2010 effectuées par l'ONU auprès de 1 600 personnes dans l'ensemble de la Bosnie-Herzégovine a d'ailleurs révélé que le deux-tiers de la population ne savaient pas ce qu'était une commission de vérité, que 90 % des personnes interrogées souhaitaient qu'une commission de vérité soit mise en place ainsi que 70 % des personnes interrogées étaient d'opinion que les faits sur la guerre n'avaient pas encore été pleinement établis⁷⁰².

Le statut final de la Coalition reconnaissait cinq autres objectifs principaux à l'initiative, outre l'établissement des faits : l'examen des circonstances sociopolitiques qui ont conduit à ces crimes et leurs conséquences, la reconnaissance des injustices subies par les victimes dans le but de favoriser une culture de compassion et de solidarité envers elles, la promotion des droits des victimes, la clarification du sort des personnes disparues et la prévention des futures violations des droits de l'homme et atrocités.⁷⁰³ De plus, les fonctions spécifiques de la commission RECOM énumérées à l'article 14, incluaient principalement la collecte d'informations sur les crimes de guerre et autres violations graves des droits de l'homme et sur les personnes disparues⁷⁰⁴. À cet effet, les commissaires étaient aussi chargés de fournir des recommandations politiques publiées dans un rapport final visant la prévention et la non-répétition⁷⁰⁵.

Malgré ses objectifs louables, la RECOM a rencontré des obstacles considérables en vue de s'imposer comme un acteur incontournable de la justice transitionnelle dans l'ex-Yougoslavie. D'une part, des tensions internes ont émergé entre les membres de la coalition qui dénonçaient, entre autres, la centralisation excessive de la structure de RECOM autour du *Humanitarian Law Center* de Belgrade qui opérait notamment la gestion des financements internationaux, ce qui a provoqué le ressentiment d'autres organisations partenaires⁷⁰⁶. Cette organisation était par ailleurs considérée comme étant proserbe, ce qui a engendré une méfiance de la part des citoyens envers elle, et plus généralement envers

⁷⁰¹ Rowen, *supra* note 635 à la p 127.

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ *Ibid.*, citant *Final RECOM draft statute* (Statut Koalicije za REKOM), 26 mars 2011, en ligne:

<<https://recom.link/wp-content/uploads/2011/06/Statut-Koalicije-za-REKOM-26.06.2011-SRB.pdf>> à l'article 13.

⁷⁰⁴ Rowen, *supra* note 635 à la p 127 citant *Final RECOM draft statute* (Statut Koalicije za REKOM), 26 mars 2011, en ligne: <<https://recom.link/wp-content/uploads/2011/06/Statut-Koalicije-za-REKOM-26.06.2011-SRB.pdf>> à l'article 14.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ Irvine et McMahon, *supra* note 645 à la p 227.

la RECOM ainsi qu'un sentiment que les préoccupations des groupes locaux n'étaient pas entendues⁷⁰⁷. De plus, la forte implication d'acteurs internationaux, comme l'Union européenne, dans le financement et le soutien politique de RECOM a alimenté la perception que la RECOM était « dirigée de l'étranger » ce qui façonné la réticence de la population à soutenir l'initiative⁷⁰⁸.

Cet accueil mitigé de la population civile envers l'initiative s'est d'ailleurs illustré au courant de la campagne «un million de signatures» initiée par la coalition RECOM au printemps 2011. Celle-ci avait pour objectif de recueillir un million de signatures citoyennes en faveur de la création d'une commission vérité régionale⁷⁰⁹ visant à établir les faits concernant les crimes de guerre et autres violations flagrantes des droits de l'homme commis sur le territoire⁷¹⁰.

Bien que la Cour internationale de justice ait jugé la Serbie non directement responsable de sa collaboration avec les généraux serbes de Bosnie (tout en reconnaissant le massacre de Srebrenica comme un génocide, tout comme le TPIY), les réactions à une potentielle commission vérité étaient divisées. Certains Serbes de Bosnie espéraient qu'elle soutiendrait cette décision judiciaire, tandis que la majorité des Bosniaques s'opposaient à toute remise en question de la reconnaissance du génocide. Pour obtenir un soutien plus large, les responsables de RECOM ont choisi de ne pas aborder la question du génocide et de s'en tenir aux jugements des tribunaux. Ce choix a entraîné le boycott de l'initiative par des organisations de défense des droits humains serbes de Bosnie. De plus, de nombreux Bosniaques craignaient que le Centre pour le droit humanitaire de Belgrade n'utilise la commission pour justifier l'agression serbe, ce qui a rendu RECOM impopulaire auprès de la population. Le contexte politique instable laissait « peu de place aux initiatives qui nécessitent une indépendance vis-à-vis du gouvernement et une collaboration entre les groupes nationalistes »⁷¹¹.

Malgré les critiques de plusieurs organisations de la société civile, la Coalition a réussi à mobiliser des milliers de personnes et à lancer un débat public sur les initiatives de recherche de la vérité. À cet effet, les réussites et les défis actuels de la coalition illustrent les obstacles et les opportunités auxquels font face

⁷⁰⁷ Irvine et McMahon, *supra* note 645 à la p 228

⁷⁰⁸ *Ibid* aux pp 231-233.

⁷⁰⁹ *Ibid* à la p 223.

⁷¹⁰ Humanitarian Law Center, *One Million Signatures for RECOM Campaign Begins Throughout the Region*, 26 octobre 2011, en ligne: < <http://www.hlc-rdc.org/?p=13116&lang=de> >.

⁷¹¹ Rowen, *supra* note 635 à la p 129.

les organisations de la société civile qui cherchent à inclure les survivants dans une démarche participative de recherche de la vérité⁷¹².

3.2.4 Le retour des réfugiés en Bosnie : un bilan mitigé

Bien que l'Accord de paix de Dayton de 1995 ait stipulé le droit au retour des réfugiés et ait été suivi d'efforts internationaux pour faciliter la réintégration, les experts peignent un tableau nuancé de cette initiative, soulignant à la fois des réalisations et des lacunes importantes au retour des réfugiés.

Dans son rapport de mai 1997, l'*International Crisis Group* soulignait les difficultés particulières au retour des réfugiés et des personnes déplacées en Bosnie-Herzégovine en débutant par la contradiction introduite dans les Accords de Dayton via la reconnaissance de la RS et de la FBH comme deux entités aux caractéristiques similaires à des États, et ce, malgré le fait que la Fédération était profondément divisée entre les Bosniaques et les Croates de Bosnie qui avaient pratiqué le nettoyage ethnique l'un contre l'autre durant la guerre. De plus, les dirigeants serbes et croates de Bosnie, ainsi que certains leaders bosniaques extrémistes, étaient affiliés à des partis nationalistes prônant l'exclusivité ethnique dont certains étaient des criminels de guerre inculpés ou profitaient de relations mafieuses avec les gouvernements locaux, et n'avaient ainsi aucun intérêt à promouvoir l'état de droit ou à faciliter le retour des minorités dans les zones sous leur contrôle.

De surcroît, le retour des réfugiés et des personnes déplacées était compliqué par l'existence des deux entités, qui poursuivaient des politiques opposées. Le droit au retour des réfugiés entraînait en conflit avec les objectifs de la République serbe de Bosnie, qui visait la sécession et la création d'un État ethniquement pur, ainsi qu'avec les objectifs des autorités croates de Bosnie⁷¹³. Cette division institutionnelle a contribué à la consolidation des divisions ethniques et a compliqué le processus de retour, puisque, tel que nous l'avons vu précédemment dans le chapitre, les entités politiques ont adopté des lois et des procédures administratives pour décourager le retour des minorités, notamment des lois sur la propriété qui favorisaient les occupants actuels (souvent des membres du groupe ethnique majoritaire) au détriment des anciens résidents⁷¹⁴.

⁷¹² Rowen, *supra* note 635 à la p 130.

⁷¹³ International Crisis Group, « Going Nowhere Fast: Refugees and Internally Displaced Persons in Bosnia and Herzegovina » (1997) XVIII:7 *ICC Refugee Reports*, en ligne: < <https://www.crisisgroup.org/sites/default/files/going-nowhere-fast-refugees-and-internally-displaced-persons-in-bosnia-and-herzegovina.pdf> > aux pp 7-8.

⁷¹⁴ Rosand, *supra* note 431 à la p 1101.

Malgré ces obstacles, un grand nombre de réfugiés sont effectivement rentrés en Bosnie-Herzégovine, notamment en raison de l'importance donnée au retour des réfugiés dans les politiques d'organisations internationales telles que le HCR et l'Organisation Internationale pour les migrations (OIM)⁷¹⁵. En date de 2004, l'UNHCR notait le retour de 1 000 473 individus en Bosnie-Herzégovine depuis la signature de Dayton, dont environ 440 000 étaient des réfugiés ayant fui la Bosnie-Herzégovine, et 560 000 avaient été déplacées de force à l'intérieur du pays sur un total de plus de 2 millions de déplacés⁷¹⁶.

En termes d'appartenance ethnique, les réfugiés et personnes déplacés ayant effectué un retour en Bosnie étaient à 62 % Bosniaques, 24 % Serbes et 13 % Croates⁷¹⁷. Par ailleurs, le nombre de retours a été particulièrement important entre 2000 et 2003, période pendant laquelle la communauté internationale a intensifié ses pressions sur les autorités bosniaques pour qu'elles lèvent les obstacles au retour. Aussi, bien que le processus de rapatriement débuté par la signature des Accords de Dayton n'ait pas atteint sa conclusion officielle, le nombre de réfugiés ayant effectué un retour après 2006 est resté relativement bas⁷¹⁸.

Si les statistiques sur le retour des réfugiés en Bosnie semblent encourageantes, une bonne partie de ces retours n'ont toutefois été que des solutions temporaires, bien des individus ne revenant dans le pays que pour vendre leurs biens et repartir ensuite⁷¹⁹. D'autres « ne faisaient que visiter, vérifier leurs anciennes maisons et l'état de leur propriété » afin de la vendre ou la louer⁷²⁰. L'aide internationale à la reconstruction, bien qu'essentielle pour permettre le retour des réfugiés, a pu, paradoxalement, aussi contribuer à la nature temporaire de certains retours. En effet, les fonds alloués à la reconstruction des logements ont pu inciter certains réfugiés à « jouer le jeu » du retour afin de bénéficier de ces aides, sans pour autant avoir l'intention de s'installer durablement car, « ayant décidé qu'un retour permanent était impossible, ils n'avaient que la vente de leur propriété pour financer leur vie à leur lieu de refuge »⁷²¹.

⁷¹⁵ Ondřej Žila « After Coming Home: Forms and Meanings of Return in Dayton's Bosnia and Herzegovina » (2019) 67:3 *Glasnik Etnografskog Instituta SANU* à la p 523.

⁷¹⁶ Ron Redmond, « Returns to Bosnia and Herzegovina reach 1 million », briefing note, 21 septembre 2004, en ligne: <<https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/returns-bosnia-and-herzegovina-reach-1-million>>.

⁷¹⁷ Barkan, *supra* note 577 à la p 413.

⁷¹⁸ Žila, *supra* note 707 aux pp 523-529.

⁷¹⁹ Barkan, *supra* note 577 à la p 413.

⁷²⁰ Adelman et Barkan, *supra* note 49 à la p 86.

⁷²¹ Žila, *supra* note 707 à la p 534.

Pour plusieurs rapatriés, « le retour était une forme de compensation plutôt qu'un rapatriement et ne constituait certainement pas la réintégration de différentes communautés ethniques »⁷²². À cet effet, les réfugiés et personnes déplacées effectuant un retour se voyaient presque systématiquement « confinés dans des zones dominées par leur propre ethnie ». Pour ceux qui allaient faire partie d'une minorité ethnique dans la zone où ils résidaient auparavant n'étaient d'ailleurs pas motivés à l'idée de s'établir de façon permanente dans une région souvent encore marquée par les tensions et la méfiance interethniques⁷²³. Ainsi, la question prédominante pour les réfugiés et les personnes déplacées en Bosnie était la réparation matérielle, et non le retour et la réconciliation, la restitution des biens et l'obtention d'une compensation financière pour les pertes subies devenant des priorités pour de nombreux déplacés, souvent au détriment de la réintégration dans des communautés mixtes⁷²⁴.

Dans ces conditions sociales incertaines, la grande majorité des individus ayant effectué un retour en Bosnie-Herzégovine était constituée de personnes âgées puisque « La volonté des Bosniaques déplacés de revenir dépendait en grande partie de leurs attentes et de leur expérience de l'accueil dans les zones de retour »⁷²⁵. Ces dernières revenaient souvent sans l'intention de reconstruire une nouvelle vie dans la mesure où elles n'avaient pas à se soucier de l'éducation de jeunes enfants ou de la construction d'une nouvelle communauté. Elles représentaient donc une menace moindre pour la majorité locale ce qui a facilité leur réintégration⁷²⁶, fortement « influencée par la composition de chaque communauté locale, son histoire, sa composition démographique actuelle et passée, ainsi que par le leadership politique »⁷²⁷.

Le foyer d'avant-guerre étant lié à une certaine nostalgie, les personnes âgées, pour qui le lien avec la propriété et le lieu d'origine était souvent plus fort, ont vu dans le retour une opportunité de retrouver leur foyer et de passer leurs dernières années dans un environnement familial⁷²⁸. En revanche, les jeunes, plus préoccupés par leur avenir professionnel et la construction de l'une vie nouvelle, étaient moins enclins à retourner dans un contexte économique incertain et marqué par les tensions ethniques.

⁷²² Adelman et Barkan, *supra* note 51 aux pp 85-86.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ *Ibid* à la p 247.

⁷²⁵ Barkan, *supra* note 577 à la p 414.

⁷²⁶ Adelman et Barkan, *supra* note 51 à la p 86.

⁷²⁷ Barkan, *supra* note 577 à la p 414.

⁷²⁸ Žila, *supra* note 707 à la p 537,

Pour cause, les effets d'une transition d'un système socialiste à une économie de marché se sont caractérisés par des contradictions avec l'apparition de nouvelles opportunités économiques, mais aussi un taux de chômage élevé ainsi qu'un démantèlement des filets de sécurité sociale et un fossé grandissant entre les riches et une majorité pauvre⁷²⁹. Notamment, la période d'économie planifiée du régime yougoslave avait laissé derrière-elle une structure industrielle « déformée, basée sur l'industrie lourde, avec un marché intérieur limité et des marchés extérieurs très vulnérables »⁷³⁰. N'ayant pas pu résister à la concurrence mondiale, ces entreprises, autrefois protégées par un système économique centralisé et relevant de l'État ont dû effectuer des licenciements en grand nombre suivant l'effondrement du socialisme, ce qui fortement contribué au chômage massif en Bosnie. Ce problème de chômage a été partiellement atténué par la mobilisation des hommes valides pour rejoindre les forces armées pendant le conflit. En effet, cette mobilisation avait temporairement réduit le nombre de chômeurs, car ces hommes étaient engagés dans des activités militaires. Toutefois, beaucoup de ces soldats n'ont pas été payés pendant de longues périodes durant la guerre⁷³¹, ce qui a augmenté les difficultés économiques pour eux et leurs familles.

Face à ce contexte difficile, de nombreux jeunes ont préféré chercher fortune ailleurs, que ce soit dans des zones plus prospères de Bosnie ou à l'étranger, notamment puisqu'une telle migration « offre également la possibilité de soutenir des parents restés au pays, un processus qui est devenu courant dans de nombreuses régions de Bosnie au cours des dernières décennies »⁷³². Si les citoyens tendaient déjà à quitter la Bosnie plus rurale que ses voisins avant le conflit, ce dernier a intensifié les mouvements de populations vers les centres urbains, notamment en raison de la destruction des infrastructures qui caractérisait les campagnes de nettoyage ethnique et forçait les gens à « quitter précipitamment leurs foyers pour se réfugier dans des zones urbaines contrôlées par des élites définies sur des bases ethno-nationales »⁷³³ et contribuant à la fuite des cerveaux et au vieillissement de la population bosniaque. Dans plusieurs pays européens, une grande partie des réfugiés se constituait notamment de travailleurs qualifiés et d'intellectuels dont le retour en Bosnie était envisagé comme essentiel à la reconstruction du pays⁷³⁴.

⁷²⁹ Olivera Simić et Zala Volčič, *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*, New York, Springer, 2013 à la p 2.

⁷³⁰ Richard Black, « Return and Reconstruction in Bosnia-Herzegovina: Missing Link, or Mistaken Priority? » (2001) 21:2 *SAIS Review (1989-2003)* à la p 179.

⁷³¹ *Ibid* à la p 180.

⁷³² *Ibid* à la p 196.

⁷³³ Žila, *supra* note 707 à la p 525.

⁷³⁴ Black, *supra* note 721 à la p 185.

Finalement, les retours des réfugiés se sont principalement effectués vers des « zones majoritaires »⁷³⁵, puisque beaucoup hésitaient à retourner dans des lieux traumatiques où ils ne se sentaient pas en sécurité⁷³⁶. Ce besoin de sécurité s'est d'ailleurs traduit différemment selon les générations. Les personnes âgées, plus vulnérables et souvent isolées, ont pu trouver dans le retour un moyen de se rapprocher de leur famille et de leur communauté, même si cela impliquait de s'installer dans des zones où leur groupe ethnique était minoritaire⁷³⁷. Les jeunes, en revanche, disposant de plus d'autonomie et de mobilité, ont pu se sentir plus libres de choisir des lieux d'installation en fonction de leurs aspirations et de leur perception de la sécurité, même si cela impliquait de s'éloigner de leur foyer d'origine. Ayant grandi pendant ou après la guerre, les jeunes générations avaient souvent vécu sans liens sociaux et économiques les rattachant à leur communauté d'origine ce qui les incitait à construire un avenir meilleur ailleurs qu'en Bosnie ou d'en d'autres régions que leurs foyers d'origine⁷³⁸. Ce type de retour, bien que permettant un retour physique dans le pays, n'a pas permis de rétablir la diversité ethnique pré-conflit et à même contribuer à la consolidation des entités ethniquement homogènes⁷³⁹. Par ailleurs, beaucoup de ceux qui sont rentrés ont eu du mal à reconstruire leur vie, à trouver un emploi et à subvenir à leurs besoins, les conduisant parfois à regretter leur décision de revenir ou à se déplacer à nouveau à l'intérieur du pays ou à l'étranger⁷⁴⁰.

En conclusion, Bien que l'Accord de Dayton ait consacré le droit au retour des réfugiés, son application s'est heurtée à la réalité d'un pays profondément transformé par la guerre et la partition ethnique⁷⁴¹. À cet effet, une analyse de la situation en Bosnie-Herzégovine suivant l'implantation de mesures de justice de transition démontre que si le rapatriement était un objectif louable, sa mise en œuvre trop axée sur la restitution des biens et le retour dans les régions d'origine a souvent conduit à une aggravation des déplacements en Bosnie, phénomènes auxquels la persistance des tensions ethniques et l'absence de perspectives économiques ont contribué. Le retour dans des zones où leur communauté ethnique était majoritaire, bien qu'une situation compréhensible dans un contexte post-conflit, a contribué à renforcer la ségrégation ethnique et à freiner la réconciliation nationale en Bosnie-Herzégovine⁷⁴².

⁷³⁵ *Ibid* à la p 182.

⁷³⁶ Adelman et Barkan, *supra* note 51 à la p 96.

⁷³⁷ Žila, *supra* note 707 à la p 533.

⁷³⁸ Seixas, *supra* note 515 aux pp 79-80.

⁷³⁹ Cox, *supra* note 521 à la p 610.

⁷⁴⁰ Žila, *supra* note 707 à la p 530,

⁷⁴¹ Black, *supra* note 721 à la p 181

⁷⁴² Adelman et Barkan, *supra* note 51 à la p 96.

La multitude d'éléments ayant eu un impact sur la durabilité du retour des populations en Bosnie-Herzégovine nous amène ainsi à considérer le retour non pas comme un événement ponctuel, mais comme un processus complexe et multiforme, et nécessitant un accompagnement à long terme, puisque la réussite du retour ne se mesure pas uniquement au nombre de réfugiés ayant regagné leur pays, mais aussi à leur capacité à s'y réintégrer pleinement, tant sur le plan économique que social et psychologique⁷⁴³.

À cet effet, et malgré les avancées législatives, les normes patriarcales restent profondément ancrées dans la société bosniaque, entravant les progrès vers une véritable égalité des genres. Ainsi, bien que les femmes aient joué un rôle essentiel dans le maintien des communautés pendant et après le conflit en Bosnie-Herzégovine, elles restent encore largement exclues des processus de prise de décision politique et économique dominés par les mêmes élites ayant eu priorité lors du conflit et partent ainsi d'une « position désavantageuse qui doit être comblée avant qu'une véritable égalité ne puisse être réalisée ». En effet, le conflit a exacerbé les normes sociales traditionnelles qui confinent les femmes à la sphère domestique en donnant lieu à une « repatriarcalisation » de la société où les femmes se sont vu assigner des rôles de mères et d'épouses, tandis que les hommes ont occupé l'espace public et politique. De plus les femmes ont fait face à un héritage social complexe où la guerre a laissé place à des problèmes plus concrets de violences et d'abus de drogues et de boisson qui relève notamment de la sphère privée où les femmes ont aussi été reléguées après la guerre⁷⁴⁴.

En consacrant leurs efforts de réparations sur la restitution de biens et les procès criminels, les mesures de JT en Bosnie ont été perçues comme des projets distincts et imposés par la communauté internationale plutôt que comme une responsabilité partagée visant à offrir une solution aux déplacements arbitraires et à faciliter le retour volontaire des réfugiés. De plus, ces processus n'ont pas directement impliqué un grand nombre de survivants et n'ont pas suffisamment abordé les causes fondamentales du conflit et des déplacements en Bosnie⁷⁴⁵. Notamment, les experts considèrent que « quelles que soient les circonstances de l'implication des femmes, ce sont les voix masculines qui dominent pendant le conflit, et si ce sont les identités et les points de référence liés au conflit qui excluent les femmes qui sont repris dans le processus de transition, il n'est pas surprenant que les voix des femmes y soient également absentes »⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Žila, *supra* note 707 à la p 536.

⁷⁴⁴ Potter et Abernethy, *supra* note 517 aux pp 169-175.

⁷⁴⁵ Bradley, *supra* note 21 aux pp 143-144.

⁷⁴⁶ Potter et Abernethy, *supra* note 517 à la p 166.

Afin de dépasser le contexte social ayant contribué à l'essor du conflit, il est nécessaire d'adopter une approche plus large et cohérente de la réparation qui soit mieux adaptée aux besoins des rapatriés et des autres survivants. Cela inclut l'intégration d'approches alternatives de réparation, telles que la compensation financière et les commissions de vérité, des mesures qui n'ont été qu'en partie réalisées en Bosnie-Herzégovine⁷⁴⁷. À cet effet, certaines organisations de femmes ont exprimé leur mécontentement quant à l'approche adoptée par des initiatives telles RECOM en matière de genre et de justice transitionnelle, en critiquant notamment le manque d'attention accordée aux crimes sexistes et l'absence d'une approche féministe de la JT⁷⁴⁸.

L'expérience de la Bosnie met en lumière les défis et les opportunités liés à l'intégration du genre dans les processus de justice transitionnelle. Si des progrès ont été réalisés en matière de législation et de reconnaissance des crimes sexuels, la persistance des normes patriarcales et la marginalisation des femmes dans la sphère publique constituent des obstacles majeurs à la réalisation d'une réelle justice de transition sensible au genre et à l'égalité entre ces-derniers. À cet effet, le précédent de la Bosnie confirme qu'il est essentiel de garantir la participation significative des femmes à tous les niveaux de la société et de prendre en compte leurs besoins et priorités spécifiques pour assurer une transition juste et durable.

⁷⁴⁷ Bradley, *supra* note 21 aux pp 143-144.

⁷⁴⁸ Irvine et McMahon, *supra* note 645 à la p 229.

CONCLUSION

Tel que l'illustre l'exemple de la Bosnie, le concept de retour revêt de multiples facettes qui influencent sa durabilité et son caractère, et qui dépassent largement le simple fait de regagner physiquement son lieu d'origine. En effet, au-delà des aspects matériels et économiques, le caractère du retour est façonné par des facteurs individuels et des expériences subjectives, notamment la peur, l'incertitude et la méfiance, des sentiments souvent liés aux traumatismes vécus pendant le conflit et qui influencent considérablement la décision de retourner ou non⁷⁴⁹. D'autre part, le temps passé en exil peut entraîner une évolution des aspirations et des priorités des réfugiés, poussant les jeunes générations, par exemple, à accorder plus d'importance aux opportunités d'éducation et d'emploi qu'au retour dans un lieu chargé de souvenirs douloureux. Ayant grandi ou passé une partie importante de leur vie en exil, les jeunes ont construit leur identité dans un contexte différent de celui de leurs parents⁷⁵⁰. Un exemple marquant de cette différence en Bosnie-Herzégovine réside dans le fait que la plupart de ces derniers n'ont jamais vécu dans des zones ethniques mixtes⁷⁵¹ et ont un certain détachement avec le passé, n'ayant souvent que peu de souvenirs directs du lieu et des événements qui ont conduit à l'exil⁷⁵².

Si les raisons du retour sont nombreuses et variées, la forme qu'il revêt dans certains contextes l'est aussi. À cet effet, Žila met en évidence l'insuffisance d'une vision binaire opposant un retour « réussi » (durable) et un retour « raté » (non durable) en proposant d'analyser la durabilité de ce-dernier sur un continuum allant d'un retour « complet » à un retour « incomplet », ce qui englobe également des formes spécifiques de retour non durable, comme le retour saisonnier, qui, bien que ne correspondant pas à la définition traditionnelle du retour, peut constituer une étape importante dans le processus de réappropriation de son histoire et de sa culture. Pour être qualifié de complet, un retour doit impliquer non seulement la reconstruction du logement et la réintégration économique des réfugiés, mais aussi le rétablissement des liens sociaux et l'intégration au sein de la communauté locale dans la mesure où « la récupération des

⁷⁴⁹ Žila, *supra* note 707 à la p 528.

⁷⁵⁰ Orli Fridman, « Structured Encounters in Post-conflict/Post-Yugoslav Days: Visiting Belgrade and Prishtina » dans Olivera Simić et Zala Volčič, *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*. New York, Springer, 2013 à la p 153.

⁷⁵¹ Seixas, *supra* note 515 à la p 80.

⁷⁵² Fridman, *supra* note 740 à la p 154.

biens d'avant-guerre et l'enregistrement de l'adresse permanente » ne sont pas des éléments suffisants pour signifier une intégration sociale complète⁷⁵³.

En somme, le terme « retour » ne peut être réduit à une simple définition unidimensionnelle car il recouvre une multitude d'expériences individuelles et collectives, influencées par des facteurs historiques, socio-économiques et psychologiques, dont la prise en compte est d'ailleurs essentielle pour comprendre la complexité du retour des réfugiés et pour mettre en place des politiques de rapatriement et de réintégration plus justes et plus durables.

À cet effet, et tel qu'abordé dans le premier chapitre de cette recherche, les cadres normatif établis par le droit international en matière de protections contre les déplacements forcés, relativement au respect des droits humains, ainsi que dans le DIH permettent de confirmer l'émergence d'un droit de retour pour les réfugiés. Bien qu'il n'existe pas d'instrument international portant explicitement sur les déplacements arbitraires, la pratique des transferts de population est de plus en plus considérée comme illégale au regard du droit international, notamment en raison de son caractère discriminatoire et arbitraire, ce qui se traduit par une reconnaissance croissante du droit au retour comme un moyen de réparer les violations des droits humains liées aux déplacements forcés⁷⁵⁴.

Aussi, bien que l'inclusion croissante du droit au retour dans les accords de paix, comme ce fut le cas dans les Accords de Dayton, ait constitué un pas en avant vers la reconnaissance de ce droit, cela n'a toutefois pas garanti sa mise en œuvre effective, puisque cette dernière dépend principalement de la volonté politique des parties et de la faisabilité de son application sur le terrain⁷⁵⁵. À cet effet, la restitution des biens via des mécanismes étatiques ou internationaux est souvent perçue comme un moyen concret de permettre aux personnes déplacées de rétablir leur vie dans leur lieu d'origine en offrant une sécurité matérielle et une base pour la reconstruction économique et sociale⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Žila, *supra* note 707 aux pp 526-535.

⁷⁵⁴ Adelman et Barkan, *supra* note 51 à la p 1.

⁷⁵⁵ Rosand, *supra* note 431 aux pp 1130-1131.

⁷⁵⁶ Williams, « The Contemporary Right » *supra* note 396 aux pp 1-2.

Tel qu'indiqué précédemment, le point de départ de cette recherche résidait dans l'hypothèse qu'il existe des normes et des pratiques internationales qui encadrent et légitiment un droit de retour pour les réfugiés, et que la JT dispose des outils nécessaires pour assurer ce-dernier. Dans un premier temps, un survol historique du droit de ne pas être déplacé de manière arbitraire et des protections qu'offre le droit international à cet effet nous permet de confirmer que le droit de retour pour les réfugiés est un droit en émergence qui dérive principalement de l'illégalité des déplacements forcés dans le DIDH et dans le DIH. Ensuite, si la question de savoir si la justice transitionnelle détient le potentiel d'assurer le droit au retour via notamment des mécanismes sensibles au genre tend à être répondue de manière positive, il existe toutefois des limites inhérentes à l'efficacité de ces mesures qui nécessitent d'être relevées.

D'abord, la justice transitionnelle est souvent perçue comme un ensemble d'outils pour faire face aux injustices passées, mais son objectif principal est de soutenir une transition politique vers la démocratie et l'état de droit dans les États où des violations graves de droits humains ont été commises. Cette focalisation sur le changement politique peut occulter les besoins concrets et immédiats des réfugiés et des personnes déplacées, par exemple l'accès au logement, à l'emploi et aux services sociaux qui sont d'ailleurs des conditions nécessaires à la longévité du processus de retour. Ainsi, les cadres traditionnels de JT, axés sur les poursuites judiciaires, le rétablissement de la vérité et les réparations, peuvent ne pas suffire à garantir un retour durable et digne puisqu'ils négligent souvent les facteurs socioéconomiques et politiques plus larges qui empêchent le retour, notamment le manque d'opportunités économiques, la discrimination persistante et la peur de nouvelles violences⁷⁵⁷.

De plus, la compréhension de la dimension sexospécifique des préjudices et des violations des droits humains en temps de guerre est insuffisante dans la mesure où les dimensions spécifiques au genre dans les conflits n'ont émergé que récemment comme un sujet de discussion à part entière. Par conséquent, les connaissances actuelles ne suffisent pas à offrir une approche globale d'un programme de réparations tenant compte du genre. Actuellement, la seule compréhension de la dimension de genre concerne la violence sexuelle, tandis qu'elle est sporadique et anecdotique pour d'autres formes de préjudices⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ Potter et Abernethy, *supra* note 517 aux pp 168-177.

⁷⁵⁸ Women's International League for Peace and Freedom, *supra* note 617 à la p 7.

De surcroît, la violence à l'égard des femmes pendant les conflits est souvent liée à des schémas de violence sexiste et de marginalisation systémique préalable au conflit. Cette marginalisation structurelle peut conduire à une "double marginalisation" des femmes, qui sont victimes de violences spécifiques au conflit pendant la durée de ce-dernier, mais qui se heurtent également à des obstacles pour accéder aux mesures de réparation en raison de leur mise de côté historique et du système patriarcal souvent dominant⁷⁵⁹.

Ensuite, puisque les conflits sont souvent considérés comme des affaires d'hommes, ces-derniers sont considéré comme étant les principaux acteurs de la définition des préjudices, ce qui occulte l'expérience des femmes. Même lorsque celles-ci sont prises en compte dans les définitions des préjudices subis, les mesures de réparation ne seront pas automatiquement sensibles au genre. À cet effet, les vécus féminins doivent être intégrés dans l'ensemble du processus de transition, de la définition des préjudices à l'élaboration des mesures de réparations et à leur application. Pourtant, les femmes peuvent rencontrer des obstacles culturels, procéduraux, juridiques et économiques pour accéder aux mesures de réparation, notamment le manque de documents nécessaires, l'accès inégal ou inexistant aux comptes bancaires par l'intermédiaire desquels les indemnisations pourraient être versées, le manque de droits à la propriété lorsque la restitution des biens est en jeu, etc., des problématiques qui compliquent le retour pour ces dernières⁷⁶⁰.

Comme le cas bosniaque nous l'enseigne, les initiatives de JT, y compris la restitution des biens, peuvent aussi être politisées et manipulées par des acteurs cherchant à promouvoir leurs propres intérêts ou ceux de leurs communauté, entraînant des retards, de la corruption et une distribution inéquitable des réparations qui sapent l'efficacité de ces mesures à garantir le droit au retour. Dans le cas en l'espèce, les élites politiques, souvent issues des partis nationalistes qui ont mené la guerre, ont cherché à entraver le processus de restitution des biens pour consolider leur pouvoir et maintenir la séparation ethnique⁷⁶¹.

À cet effet, la mise en œuvre efficace de mécanismes de justice transitionnelle nécessite aussi des ressources importantes souvent limitées en période post-conflit. Par exemple, le budget du TPIY a atteint des sommes considérables, ce qui a pu limiter les fonds disponibles pour d'autres initiatives de

⁷⁵⁹ Women's International League for Peace and Freedom, *supra* note 617 à la p 11.

⁷⁶⁰ *Ibid* à la p 30.

⁷⁶¹ Black, *supra* note 721 aux pp 190-191.

reconstruction ou de réparations⁷⁶². De même, la mise en œuvre de la législation sur la restitution des biens en Bosnie-Herzégovine a été entravée par un manque de financement dès le départ et des délais irréalisables, notamment le délai de trente jours inscrit dans la législation bosnienne sur la restitution des biens qui était impossible à respecter pour les autorités locales même les plus efficaces et les plus diligentes⁷⁶³.

La réalisation des initiatives de justice de transition réclame, de surcroît, une expertise en la matière puisque les sociétés sortant d'un conflit sont souvent confrontées à des défis multiformes, notamment la fragilité de l'État de droit, les divisions ethniques persistantes, la corruption et la violence. La conception et la mise en œuvre de mécanismes de justice transitionnelle dans ces contextes exigent donc une compréhension approfondie des dynamiques locales et une expertise pointue pour adapter les approches aux réalités du terrain⁷⁶⁴, ainsi qu'une volonté politique de la part des pays qui ont pourtant été complices des violations de droits humains. Toutefois, les dirigeants politiques en période d'après-peuvent être tentés de privilégier des objectifs à court terme, tels que la stabilité politique ou la reconstruction économique, au détriment de la JT, ce qui la pousse à être perçue comme un obstacle à la réconciliation nationale ou comme une menace pour des accords de paix fragiles⁷⁶⁵. De plus, les mécanismes de justice transitionnelle, en particulier ceux qui visent à établir les responsabilités pour les crimes du passé, peuvent susciter une forte résistance de la part des élites politiques et des groupes puissants qui cherchent à maintenir le statu quo⁷⁶⁶.

Finalement, bien qu'il existe des efforts pour accroître la participation des femmes aux processus de JT, celles-ci sont souvent sous-représentées dans les postes de décisions dans les organes de transition⁷⁶⁷. De plus, leur présence ne permet pas à elle-seule de garantir qu'elles soient en mesure de prendre des décisions ou d'exercer une influence sur celles-ci, ni qu'elles représentent les intérêts d'un large éventail de femmes ou même fassent preuve de sensibilité à l'égard du genre. Conséquemment, une réelle intégration de la perspective de genre dans les mesures de JT nécessite que tous les acteurs concernés «

⁷⁶² Irvine et McMahon, *supra* note 645 aux pp 234-235.

⁷⁶³ Philpott, « From the Right to Return » *supra* note 464 à la p 75.

⁷⁶⁴ Cox, *supra* note 521 à la p 600.

⁷⁶⁵ Gaeta, *supra* note 509 à la p 123.

⁷⁶⁶ Philpott, « From the Right to Return » *supra* note 464 à la p 54.

⁷⁶⁷ Potter et Abernethy, *supra* note 517 à la p 164.

doivent être sensibilisés à la dimension de genre, être compétents, et disposer de capacités suffisantes »⁷⁶⁸.

Ainsi, bien que les mécanismes de justice en transition permettant de favoriser le droit de retour existent, leur mise en œuvre efficace, en particulier lorsque la mesure est sensible au genre, nécessite un engagement politique fort, des ressources adéquates et une expertise spécifique. Il est crucial de s'attaquer aux obstacles structurels, aux inégalités de genre et aux dynamiques de pouvoir locales pour garantir que ces mécanismes répondent aux besoins des victimes et contribuent à une paix durable.

S'il y a des limites au traitement du retour pas la JT la présente recherche a aussi une portée limitée, notamment en raison des données statistiques disponibles sur le retour en Bosnie qui ne distinguent pas les différents types de retour, qu'il s'agisse d'un retour définitif, temporaire, saisonnier ou encore d'un retour dans le but de vendre des biens ou d'enterrer des proches⁷⁶⁹. De plus, si de 1996 à 2007 le HCR publiait des rapports statistiques annuels sur les retours ventilés par municipalité et par origine ethnique, de 2008 à 2011, seuls des chiffres agrégés au niveau des entités politiques ont été publiés sur le site web du HCR en Bosnie-Herzégovine, qui auparavant contenait des informations sur les retours et qui n'est désormais plus actif⁷⁷⁰. Ainsi, une des limites notables de cette recherche réside dans le manque flagrant d'informations statistiques depuis plus de 10 ans, ce qui rend est impossible de savoir avec précision combien de réfugiés sont rentrés en Bosnie-Herzégovine depuis 2011, ni d'analyser les tendances et les défis du retour à plus long terme. De plus, l'absence de données publiques récentes rend difficile l'évaluation de l'efficacité des politiques de retour et la redevabilité des acteurs impliqués, y compris le HCR lui-même.

En conclusion, la relative réussite du retour des réfugiés en Bosnie indique que la communauté internationale a pu, depuis, réorienter ses priorités vers d'autres régions du monde ou d'autres aspects de la crise des réfugiés, comme l'aide aux réfugiés syriens par exemple. À cet effet, l'analyse des défis et des succès du cas bosniaque peut fournir des pistes de réflexion et des enseignements précieux pour aborder la question du retour des réfugiés syriens, et il serait pertinent d'étudier plus en profondeur les initiatives

⁷⁶⁸ Women's International League for Peace and Freedom, *supra* note 617 à la p 29.

⁷⁶⁹ Barkan, *supra* note 577 à la p 414.

⁷⁷⁰ Žila, *supra* note 707 aux pp 526-529.

de justice transitionnelle en Bosnie-Herzégovine et d'analyser leur impact sur le retour et la réintégration des réfugiés, afin d'en tirer des leçons applicables, par exemple, au contexte syrien.

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine: articles

Allehone Mulugeta, Abebe, « The African Union Convention On Internally Displaced Persons: Its Codification Background, Scope, And Enforcement Challenges » (2020) 29:3 Refugee Survey Quarterly 28.

Anderson, Miriam J., « The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (The Pinheiro Principles): Suggestions for Improved Applicability » (2011) 24:1 Journal of Refugee Studie 304.

Arthur, Paige, « How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice » (2009) 31:2 Human Rights Quarterly 321.

Attanasio, David L. et Nelson Camilo Sanchez, « Return Within the Bounds of the Pinheiro Principles: the Colombian Land Restitution Experience » (2012)11:1 Washington University Global Studies Law Review 3.

Andersen-Rodgers, David R., « Back Home Again: Assessing the Impact of Provisions for Internally Displaced Persons in Comprehensive Peace Accords » (2015) 34 Refugee Survey Quarterly 24.

Ayaki Ito, « Politicization of Minority return in Bosnia and Herzegovina: The First Five Years Examined » (2001) 1:13 International Journal of Refugee Law 99.

Ballard, Megan J., « Post-Conflict Property Restitution: Flawed Legal and Theoretical Foundations » (2010) 28:2 Berkeley J Intl L 462.

Barkan, Elazar, « Mirage of Rights – Response »(2005) 28:3 Hastings Int'l& Comp L Rev 411.

Bell, Christine Bell et Catherine O'Rourke, « Does Feminism Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay » (2007) 1:1 International Journal of Transitional Justice 23.

Bell, Christine et Catherine O'Rourke, « Peace Agreements or Pieces Of Paper? The Impact Of UNSC Resolution 1325 On Peace Processes And Their Agreements » (2010) 59:4 The International and Comparative Law Quarterly 941.

Black, Richard, « Return and Reconstruction in Bosnia-Herzegovina: Missing Link, or Mistaken Priority? » (2001) 21:2 SAIS Review (1989-2003) 177.

Black, Richard et Saskia Gent, « Sustainable Return in Post-Conflict Contexts » (2006) 44:3 International Migration 15.

Bradley Megan, « Durable Solutions and the Right of Return for IDPs: Evolving Interpretations » (2018) 30:2 International Journal of Refugee Law 218.

Bugnion, Francois, « Refugees, internally displaced persons, and international humanitarian law » (2005) 28:5 Fordham International Law Journal 1397.

Charlesworth, Hilary, « Feminist Methods in International Law » (1999) 93 AJIL 379.

Chinkin, Christine, « Women, Peace, and Security: Tackling Violence Against Women in the Contemporary World? » (2018) 61 German Yearbook of International Law 185.

Cohen, Morris R., « Property and Sovereignty » (1927) 13 Cornell L. Rev 8.

Conaghan, Joanne, « Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law » (2000) 27 Journal of Law and Society 359.

Cox, Marcus, « The Right to Return Home: International Intervention and Ethnic Cleansing in Bosnia and Herzegovina » (1998) 47:3 International and Comparative Law Quarterly 599.

De Greiff, Pablo, « Theorizing Transitional Justice » (2012) 51 Nomos 31.

Duthie, Roger, « Transitional Justice and Displacement » (2011) 5 The International Journal of Transitional Justice 241.

Frelick, Bill, « Preventive Protection' and the Right to Seek Asylum: A Preliminary Look at Bosnia and Croatia » (1992) 4:4 International Journal of Refugee Law 439.

Gaeta, Paola, « The Dayton Agreements and International Law » (1996) 7:2 European Journal of International Law 147.

Ginsburgs, George, « The Soviet Union and the Problem of Refugees and Dis- placed Persons » 1917–1956 (1957) 51:2 American Journal of International Law 325.

Goodwin-Gill, Guy S, « The Politics Of Refugee Protection » (2008) 27:1 Refugee Survey Quarterly 9.

Hastings, Lynn, « Implementation of the Property Legislation in Bosnia Herzegovina » (2001) 37:2 Stan J Int'l L 221.

Hataway, James C., « The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920–1950 » (1984) 33:2 The International and Comparative Law Quarterly 348.

Henckaerts, Jean-Marie, « Mass Expulsion in Modern International Law and Practice » (1996) 14:1 Netherlands Quarterly of Human Rights 47.

Henry, Nicola, « The Fixation on Wartime Rape: Feminist Critique and International Criminal Law » (2014) 23 Social & Legal Studies 93.

Higgins, Rosalyn , « Peace and Security- Achievements and Failures » (1995) 20:457 European Journal of International Law 174.

Human Rights Watch, « A Chance for Justice: War Crime Prosecution in Bosnia's Serb Republic » (2006) 18: 3(D) Human Rights Watch 1.

Kelly, Liz, traduit de l'anglais par Marion Tillous, « Le continuum de la violence sexuelle » (2019) 1 :66 Cahiers du Genre 21.

Knapp, Gudrun-Axeli, « Race, Class, Gender: Reclaiming Baggage in Fast Travelling Theories » (2005) 12:3 European Journal of Women's Studies 259.

Kostovicova, Denisa, Vesna Bojicic-Dzelilovic et Marsha Henry, « Drawing on the Continuum: A War and Post-War Political Economy of Gender-Based Violence in Bosnia and Herzegovina » (2020) 22:2 International Feminist Journal of Politics 250.

Leckie, Scott, « Housing and property issues for refugees and internally displaced persons in the context of return key considerations for UNHCR policy and practice » (2000) 19:3 Refugee Survey Quarterly 5.

Lubbers, Ruud, « Refugee Protection in the 21st Century » (2002)24:1 International Law 60.

Mansfield, Becky, «Privatization: Property and the Remaking of Nature-Society Relations: Introduction to the Special Issue » (2007) 39:3 Antipode 393.

Mansha, Mohee, « State Responsibility for Protracted Displacement: An International Legal Approach to Durable Solutions » (2021) 1:33 Intl J Refugee L 111.

McCabe, Eve, « The Inadequacy of International Human Rights Law to Protect the Rights of Women as Illustrated by the Crisis in Afghanistan » (2000) 5:2 UCLA J Intl L & Foreign Aff 419.

Medina Gracia, Paula, « Women, Polyphonies and Transitional Justice in Colombia: Afrocentric Narratives of Violence(s) in the Armed Conflict » (2018) 9:2 Investigaciones Feministas 309.

Meertens, Donny et Margarita Zambrano, « Citizenship Deferred: The Politics of Victimhood, Land Restitution and Gender Justice in the Colombian (Post?) Conflict » (2010) 4 The International Journal of Transitional Justice 189.

Mertus, Julie, « Shouting from the Bottom of the Well » (2004) 6:1 International Feminist Journal of Politics 110.

Mohan, Sharanya Sai, « The Battle after the War: Gender Discrimination in Property Rights and Post-Conflict Property Restitution » (2011) 36:2 Yale J. Intl L 461.

Mooney, Erin, « The Concept of Internal Displacement and the Case for Internally Displaced Persons as a Category of Concern » (2005) 24:3 Refugee Survey Quarterly 9.

Naraghi-Anderlini, Sanam, Women and Peace through Justice (2005) 48:3 Development 103.

Ní Aoláin, Fionnuala, Political Violence and Gender During Times of Transition (2006) 15:3 Columbia Journal of Gender and Law 829.

Ní Aoláin, Fionnuala et Catherine Turner, « Gender, Truth and Transition » (2007) 16 UCLA Women's LJ 229.

Ondřej, Žila, « After Coming Home: Forms and Meanings of Return in Dayton's Bosnia and Herzegovina » (2019) 67:3 Glasnik Etnografskog Instituta SANU 523.

Paglione, Giulia, « Individual Property Restitution: From Deng to Pinheiro and the Challenges Ahead » (2008) 20:3 Intl J. Refugee L 391.

Pejic, Jelena, « The Yugoslav Truth and Reconciliation Commission: A Shaky Start » (2001) 25:1 Fordham Int'l LJ 1.

Petrovic, Drazen, « Ethnic Cleansing: An Attempt at Methodology » (1994) 5 EUR. J. INT'L L. 342.

Philpott, Charles, « From the Right to Return to the Return of Rights: Completing Post-war Property Restitution in Bosnia Herzegovina » (2006) 18:1 International Journal of Refugee Law 30.

Philpott, Charles, « Though the Dog Is Dead, the Pig Must Be Killed: Finishing with Property Restitution to Bosnia-Herzegovina's IDPs and Refugees » (2005) 18:1 Journal of Refugee Studies 1.

Preece, Jennifer Jackson, « Ethnic Cleansing as an Instrument of Nation-State Creation: Changing State Practices and Evolving Legal Norms » (1998) 20:4 Human Rights Quarterly 817.

Quigley, John, « Mass Displacement and the Individual Right of Return » (1997) 68 British Year Book on International Law 67.

Rosand, Eric, « The Right to Return Under International Law Following Mass Dislocation: The Bosnia Precedent? » (1998) 19 Michigan Journal of International Law 1091.

Sankey, Diana, « Gendered Experience of Subsistence Harms: A Possible Contribution to Feminist Discourse on Gendered Harm? » (2012) 24:1 Social & L Stud 25.

Saxon, Dan, « Exporting Justice: Perceptions of the ICTY Among the Serbian, Croatian, and Muslim Communities in the Former Yugoslavia » (2005) 4 Journal of Human Rights 559.

Schabas, William A., « Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina - First Judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia » (2001) 25 FORDHAM INT'L L.J. 23.

Simic, Olivera, « Feminist Research in Transitional Justice Studies: Navigating Silences and Disruptions in the Field » (2016) 17 Hum Rights Rev 95.

Sloan, James, « The Dayton Peace Agreement: Human Rights Guarantees and Their Implementation » (1996) 7:2 European Journal of International Law 207.

Souter, James, « Durable Solutions as Reparation for the Unjust Harms of Displacement: Who Owes What to Refugees? » (2013) 27:2 Journal of Refugee Studies 172.

Sriram, Chandra Lekha, « Beyond Transitional Justice: Peace, Governance, and Rule of Law » (2017) 19:1 International Studies Review 53.

Stavropoulou, Maria, « Displacement and Human Rights: Reflections on UN Practice » (1998) 20:3 Human Rights Quarterly 515.

Stavropoulou, Maria, « The Right Not to Be Displaced » (1994) 9 The American University Journal of International Law and Policy 689.

Teitel, Ruti G., « Transitional Justice Genealogy (Symposium: Human Rights in Transition) » (2003) 16 Harv. Hum. Rts. J. 69.

Ullom, Vic, « Voluntary Repatriation of Refugees and Customary International Law » (2001) 29:2 Denver Journal of International Law and Policy 115.

Van Boven, Theo, « Appendix C: Review of Further Developments in Fields with Which the Sub-Commission Has Been Concerned » (1996) 59:4 Law and Contemporary Problems 283.

Nesiah, Vesuki, « Feminist Interventions: Human Rights, Armed Conflict and International Law » (2009) 103 ASIL Proc 67.

Warner, Daniel, « Voluntary Repatriation and the Meaning of Return to Home: A Critique of Liberal Mathematics » (1994) 7:2-3 Journal of Refugee Studies 160.

Weber, Sanne, « From Victims and Mothers to Citizens: Gender-Just Transformative Reparations and the Need for Public and Private Transitions » (2018) 12 International Journal of Transitional Justice 88.

Williams, Rhodri C., « Post-conflict Restitution and Refugee Return in Bosnia and Herzegovina: Implications for International Standard-setting and Practice » (2006) 37:3 New York University Journal of International Law and Politics 441.

Willms, Jan, « Without Order, Anything Goes? The Prohibition of Forced Displacement in Non-International Armed Conflict » (2009) 91: 875 International Review of the Red Cross 547.

Doctrine: monographies

Adelman, Howard et Elazar Barkan, *No Return, No Refuge : Rites and Rights in Minority Repatriation*, New York, Columbia University Press, 2011.

Ahmed, Sara, *Differences that Matter: Feminist Theory and Postmodernism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Allen, Tim, *The United Nations and the Homecoming of Displaced Populations*, Geneva, International Review of the Red Cross, 1994.

Argawal, Bina, *A Field of One's Own: Gender and Land Rights in South Asia*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

Bassiouni, Mahmoud, *Sexual Violence: An Invisible Weapon of War in the Former Yugoslavia*, Chicago, International Human Rights Law Institute, 1996.

Bradley, Megan, *Refugee Repatriation : Justice, Responsibility and Redress*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

Barkan, Elazar et Alexander Karn, *Taking Wrongs Seriously: Apologies and Reconciliation*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.

Charlesworth Hilary et Christine Chinkin, *The Boundaries of International Law: A Feminist Analysis*, Manchester, Manchester University Press, 2000.

Dawson, Grant et Sonia Farber, *Forcible Displacement throughout the Ages*, Leyde, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

De Almagro, Maria Martin et Philipp Schulz, *Gender and Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

Deer, Carmen Diana et Magdalena Leon, *Empowering Women: Land And Property Rights In Latin America*, Pittsburg, University of Pittsburgh Press, 2001.

De Greiff, Pablo, *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

De Greiff, Pablo et Roger Duthie eds., *Transitional Justice and Development: Making Connections*, New York, Social Science Research Council, 2009.

Ferstman, Carla et Mariana Goetz, *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity : Systems in Place and Systems in the Making* (2e édition révisée), Leiden, Brill Nijhoff, 2020.

Fineman, Martha Albertson et Estelle Zinsstag, eds., *Feminist Perspectives on Transitional Justice: From International and Criminal to Alternative Forms of Justice*, Cambridge, Intersentia, 2020.

Hassine, Khaled et Scott Leckie, *The United Nations Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons ("The Pinheiro Principles") : A Commentary*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016.

Hartzell, Caroline A. et Matthew Hoddie, *Crafting Peace: Power-Sharing Institutions and the Negotiated Settlement of Civil Wars*. University Park, Penn State University Press, 2007.

Holland, Margaret, Yuta J. Masuda, et Brian E Robinson, *Land Tenure Security and Sustainable Development*, Cham, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2022.

Huggins, Christopher et Jenny Clover, *African Security Analysis Programme. From the Ground Up : Land Rights, Conflict and Peace in Sub-Saharan Africa*, Pretoria, South Africa: Institute for Security Studies, 2005.

International Meeting on Women's and Girls' Right to a Remedy and Reparation, *Nairobi Declaration on Women's and Girls' Right to a Remedy and Reparation*, Paris, International Federation for Human Rights, 2007.

Jamieson, Ruth, *The Criminology of War*, London, Routledge, 2017.

Kostovicova, Denisa, *Reconciliation by Stealth : How People Talk About War Crimes*, Ithaca, Cornell University Press, 2023.

Lawther, Cheryl et Luke Moffett, *Research Handbook on Transitional Justice*, Research Handbooks in International Law series 2nd ed., UK, Edward Elgar Publishing, 2017.

Leckie, Scott, *Housing, Land, and Property Rights in Post-Conflict United Nations and Other Peace Operations : A Comparative Survey and Proposal for Reform*, New York, Cambridge University Press, 2009.

Leckie, Scott et Chris Huggins, *Conflict and Housing, Land and Property Rights: A Handbook on Issues, Frameworks and Solutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Long, Katy, *The Point of No Return: Refugees, Rights, and Repatriation*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Mann, Michael, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, New York: Cambridge University Press, 2005.

Mey, Elyda, *Cambodian Diaspora Communities in Transitional Justice*, New York, International Center for Transitional Justice, 2008.

Mouthaan, Solange et Olga Jurasz, *Gender and war : international and transitional justice perspectives*, Cambridge, Intersentia, 2019.

Naimark, Norman M., *Fires of Hatred: Ethnic Cleansing in Twentieth-Century Europe*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

Nesiah, Vasuki et al., *Truth Commissions and Gender: Principles, Policies, and Procedures*, New York, International Center for Transitional Justice, 2006.

Newman, Edward et Joanne van Selm, *Refugees and forced displacement. International security, human vulnerability and the state*, Tokyo, United Nations University Press, 2003.

Rhodri C. Williams, *The Contemporary Right to Property Restitution in the Context of Transitional Justice* New York, International Center for Transitional Justice, 2007.

Ruys, Tom, Olivier Corten et Alexandra Hofer, *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law* (3rd edition), Oxford, Oxford University Press, 2016.

Smit, Anneke, *The Property Rights of Refugees and Internally Displaced Persons: Beyond Restitution*, Oxon, Routledge, 2012.

Short, Damien, and Corinne Lennox, *Handbook of Indigenous Peoples' Rights*, London, Routledge, 2016.

Simić, Olivera et Zala Volčič, *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*, New York, Springer, 2013.

Subotić, Jelena, *Who Lives In Your Neighborhood? Hijacked Justice: Dealing With The Past In The Balkans*, Ithaca, Cornell University Press, 2009.

Swart, Bert, Alexander Zahar et Göran Sluiter eds., *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Teitel, Ruti G, *Transitional Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

Walzer, Michael, *Spheres of justice: A defense of pluralism and equality*. New York, Basic Books, 1983.

Weis, Paul, *Nationality and Statelessness in International Law*, Leiden, Sijthoff & Noordhoff, 1979.

Weschler, Lawrence, *A Miracle, a Universe : Settling Accounts with Torturers*, New York, Pantheon Books, 1990.

Traités et Conventions

Conférence Diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale, *Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale*, Doc Off NU A/CONF.183/9 (1998).

Comité international de la Croix-Rouge, Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts in Geneva, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I)*, Doc off NU, 1125 RTNU 3.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (CEDEF), *Recommandation générale no 30 sur les femmes dans la prévention des conflits, les conflits et les situations d'après conflit*, Doc off NU CEDAW/C/GC/30 (2013)

Comité international de la Croix-Rouge, Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts in Geneva, *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II)*, Doc off NU, 1125 RTNU 609.

Conseil de l'Europe, *Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11* (1962), STE n° 009.

Conseil de l'Europe, AP, *Resolution 1670 (2009)* [sur les violences sexuelles contre les femmes dans les conflits armés], textes adoptés (2009), en ligne : < <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fi=17741&lang=en> >.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Rés AG NU 341180, 107^e séance plénière, Doc NU ARES/34/180 (1979).

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Doc off AG NU, 179^e séance, Doc NU 78 RTNU 277 (1948).

Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama, Carthagène des Indes, Colombie, 22 novembre 1984.

Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict, Rés AG NU, 29^e sess, Doc NU A/RES/3318(XXIX) (1974).

Déclaration universelle des droits de l'Homme, Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp n°13, Doc NU A/46/1 (1991).

HCR, *Convention relative au statut des apatrides de 1954*, Doc off NU, en ligne : < https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/Convention-relative-au-statut-des-apatrides_1954.pdf >.

London Charter of the International Military Tribunal, Doc off RTNU, 8 August 1945, 82 U.N.T.C. 280.

OÉA, *American Convention on Human Rights "Pact of San Jose, Costa Rica" (B-32)*, Doc off OÉA 1144 RTNU 123.

OÉA, Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Déclaration de Carthagène sur les réfugiés*, adoptée lors du Colloque sur la protection internationale des réfugiés en Amérique centrale, au Mexique et au Panama à Carthagène des Indes, Colombie, le 22 novembre 1984, Doc OEA OEA/Ser.L/V/II.66/doc.10 rev.1 190 (1984-85).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés AG 2200 (XXI), Doc off AG NU, 1496^e séance plénière, Doc NU ARES/2200 (XXI) (1966).

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Rés. AG 2200 (XXI), Doc.off. AG NU, 1496^{ième} séance plénière, Doc NU ARES/2200 (XXI) (1966).

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Rés. AG 63/117, Doc. off. AG NU, 63^{sess.}, Doc NU ARES/63/117 (2008).

Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays, Doc off SC NU, 54^e sess, annexe point 2, E/CN.4/1998/53/Add.2

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire, Doc off AG NU 60/147, Doc NU A/RES/60/147 (2006).

Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'Homme, *Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (Pinheiro principles)*, Doc off NU 2005, Doc NU E/CN.4/ Sub.2/2005/17.

Statut de l'Office du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, Doc off AG NU, 325^e séance, Doc NU A/RES/428(V) (1950).

Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Doc off NU CES 48e sess, annexe, Doc NU S/25704 (1993).

Résolutions

Conseil de sécurité, *Report of the Commission of Experts Established Pursuant to United Nations Security Council Resolution 780 (1992)*, Doc off SC NU S/1994/674 (1994).

Conseil de Sécurité, *Resolution 670 on Irak and Koweit*, Rés SC NU, 2943^e sess, Doc NU S_RES_670 (1990).

Conseil de sécurité, *Resolution 681 on Palestinian civilians under Israeli occupation*, Rés SC N, 2970e sess, Doc NU S_RES_681(1990).

Conseil de Sécurité, *Resolution 688 on repression of the Iraqi civilian population, including Kurds in Iraq*, Rés SC NU, 2982e sess, Doc NU S_RES_688 (1991).

Conseil de Sécurité, *Résolution 713 (imposing a general and complete embargo on all deliveries of weapons and military equipment to Yugoslavia)*, Rés SC NU, 3009e sess, Doc NU S/RES/713 (1991).

Conseil de sécurité, *Résolution 743 (on establishment of the United Nations Protection Force)*, Rés SC NU, 3055^e sess, Doc off NU S/RES/743 (1992).

Conseil de sécurité, *Résolution 770 (on humanitarian assistance to Sarajevo and other parts of Bosnia and Herzegovina)*, Rés SC NU, 3055^e sess, point 105, Doc off NU S/RES/770 (1992).

Conseil de Sécurité, *Resolution 819 (demanding that Srebrenica and the surrounding areas, Bosnia and Herzegovina, be treated as a safe area)*, Rés SC NU, 3199^e sess, Doc NU S_RES_819 (1993).

Conseil de Sécurité, *Resolution 827 (1993) [on establishment of the International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991]*, Doc off SC NU, 3217e séance, Doc NU S/RES/827.

Conseil de sécurité, *Résolution 1325 (droit des femmes, paix et sécurité)*, Rés SC NU, 4213^e sess, Doc NU CS/RES/1325 (2000).

Conseil de sécurité, *Résolution 2106 (on sexual violence in armed conflict)*, Rés SC NU, 68^e année, Doc NU S/RES/2106 (2013).

Conseil de sécurité, *Résolution 2122 (on women and peace and security)*, Doc off SC NU, 7044^e sess, Doc NU S/RES/2122 (2013).

HCDH, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, *Forced Evictions*, Rés HCD H1997/6 au point 4.

Rapports et autres documents

Commission des droits de l'homme, *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms : final report of the Special Rapporteur, M. Cherif Bassiouni, submitted in accordance with Commission resolution 1999/33*, Doc off CES NU, 56e sess, Doc NU E/CN.4/2000/62

Commission des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à un logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, M. Miloon Kothari, présenté en application de la résolution 2000/9 de la Commission des droits de l'homme*, Doc off NU, 57 sess, Doc NU E/CNAI2001/51.

Commission des droits de l'homme, *Les femmes et le logement convenable - Étude du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant ainsi que sur le droit à la non-discrimination, Miloon Kothari, présenté en application de la résolution 2002/49 de la Commission*, Doc off CDH NU, 5e sess, Doc NU E/CNAI2003/55.

Commission des droits de l'homme, *Rapport du Rapporteur spécial sur le logement convenable en tant qu'élément du droit à un niveau de vie suffisant, Miloon Kothari*, Doc off SC NU, 60 sess, Doc NU E/CNAI2004/48.

Commission des droits de l'homme, Claire Palley, *The human rights dimensions of populations transfers: Preliminary working paper*, Doc off NU E/CN.4/Sub.2/1992/WP.1 (1992).

Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation, *Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners Concerning the First Instalment of individual claims for Damages up to US\$100,000 (Category "C" claims)*, Doc off SC S/AC.26/1991/3 (1994).

Conseil de sécurité, *Rapport du Secrétaire général sur la protection des civils dans les conflits armés*, Doc off NU CES S/2007/643 (2007).

HCR, *Conférence Internationale sur les Réfugiés d'Amérique Centrale Rapport du Secrétaire général*, Doc off AG A/44/527 (1989)

HRC, *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 44e sess A/44/40 (1992).

HCR, Department of International Protection, *Handbook - Voluntary Repatriation: International*, Doc off NU HCR (1996)

HCR, *Handbook Voluntary Repatriation: International Protection*, Geneva (1996).

HCR, *Handbook for Repatriation and Reintegration Activities*, Genève, Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés, 2004.

HCR, *Protracted Refugee Situations*, Doc off HCR NU, 30e sess, 54e séance, Doc NU EC/54/SC/CRP.14 (2004).

Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Pablo de Greiff*, Doc off AG NU, 21e sess, point 3, Doc NU A/HRC/21/46 (2012).

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Development Centre, *Atlas of Gender and Development : How Social Norms Affect Gender Equality in Non-Oecd Countries*, Paris, OECD Development Centre, 2010.

OÉA, Inter-Am Comm HR, *The Situation Of People Of African Descent In The Americas* (2011), Doc off OÉA ser.L./V.II.62

Rapport du Secrétaire Général sur le rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, Doc off SC NU, 2004 Doc NU S/2004/616.

Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session, Doc off GAOR NU, 2000, 52e sess, supp n°10, Doc NU A/55/10 (2000).

Report of the Representative of the Secretary-General, Francis M. Deng, submitted pursuant to Commission [on Human Rights] resolution 1997/39, Doc off SC NU, 54e sess supp n°2, E/CN.4/1998/53.

Salvioli, Fabián, *Rapport sur la prise en compte des questions de genre dans les processus de justice transitionnelle*, Doc off AG NU, 75e sess, point 72 b), Doc NU A/75/174 (2020).

Second International Peace Conference, The Hague, *Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land*, International Conferences (The Hague) 36 Stat. 2277 (1907).

Secrétariat général des Nations Unies, *Guidance Note of the Secretary-General: Reparations for Conflict-Related Sexual Violence*, Doc off NU ST/SG(02)/R425 (2014).

Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms : final report submitted by Theo van Boven Study concerning the right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, Doc off NU E/CN.4/Sub.2/1993/8.

Autres sources

Amnesty International, « Afghanistan 2023 » (dernière consultation le 23 septembre 2024), en ligne : *Amnesty International* < <https://www.amnesty.org/fr/location/asia-and-the-pacific/south-asia/afghanistan/report-afghanistan/#endnote2> >

Bureau du Procureur de la Cour pénale internationale (CPI), Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, 2014, en ligne : < <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy-Paper-on-Sexual-and-Gender-Based-Crimes--June-2014.pdf> >.

Comité International Olympique, « Charte Olympique : état en vigueur au 17 juillet 2020 » (juillet 2020), en ligne (pdf): *Comité International Olympique* <

<https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/General/FR-Olympic-Charter.pdf> >.

Comité International Olympique, «Équipe olympique des réfugiés » (dernière consultation le 23 septembre 2024), en ligne : *Comité International Olympique* < <https://olympics.com/cio/equipe-olympique-des-refugies> >

Comité International Olympique, « Manizha Talash » (dernière consultation le 23 septembre 2024), en ligne » : <*Comité International Olympique* <<https://olympics.com/fr/athletes/manizha-talash>>

Guillerot, Julie, « Réparer les femmes victimes de violations massives des droits humains dans un contexte transitionnel », Séminaire présenté à Kinshasa pour l'International Center for Transitional Justice, juin 2007 [non publié].

Freeman, Mark, « Bosnia and Herzegovina: Selected Developments in Transitional Justice » (2004) International Center for Transitional Justice, en ligne: < <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-FormerYugoslavia-Bosnia-Developments-2004-English.pdf> >.

Humanitarian Law Center, *One Million Signatures for RECOM Campaign Begins Throughout the Region*, 26 octobre 2011, en ligne: < <http://www.hlc-rdc.org/?p=13116&lang=de> >.

International Crisis Group, « Going Nowhere Fast: Refugees and Internally Displaced Persons in Bosnia and Herzegovina » (1997) XVIII:7 *ICC Refugee Reports*, en ligne: < <https://www.crisisgroup.org/sites/default/files/going-nowhere-fast-refugees-and-internally-displaced-persons-in-bosnia-and-herzegovina.pdf> >.

Journal de Montréal, « La bgirl aghane Talash disqualifiée après son « message politique » aux JO » (10 août 2024), en ligne : *Journal de Montréal* <<https://www.journaldemontreal.com/2024/08/10/ la-boxeuse-afghane-talash-disqualifiee-apres-son-message-politique-aux-jo>>

Margalit, Avishai , *Decent Peace*, The Tanner Lectures on Human Values, présentée à l'Université de Stanford, 4-5 Mai 2005, en ligne : < https://tannerlectures.utah.edu/_resources/documents/a-to-z/m/Margalit_2006.pdf >.

Mertus, Julie, « Women's Participation in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY): Transitional Justice for Bosnia and Herzegovina » (2004), Women Waging Peace Policy Commission, en ligne: <http://www.peacewomen.org/sites/default/files/women_s_participation_in_the_international_criminal_tribunal_for_the_former_yugoslavia_icty_transitional_justice_for_bosnia_and_herzegovina_0.pdf >.

Orentlicher, Diane, «That Someone Guilty Be Punished: The Impact of the ICTY in Bosnia» (2010) Open Society Justice Initiative/International Center for Transitional Justice, en ligne: < <https://www.justiceinitiative.org/uploads/e18cc4a9-a631-4471-a22d-29a203662478/that-someone-guilty-20100708.pdf> >.

Pieret, Julien, « Une justice pénale internationale vue par les femmes : continuités et bifurcations dans les analyses féministes de la pénalité » (2016) Vol. XIII Champ pénal/ Penal field, en ligne : <<https://journals.openedition.org/champpenal/9224> > .

Prettitore, Paul, « The right to housing and property restitution in Bosnia and Herzegovina » (2003) Badil Resource Center for Palestinians Residency & Refugee Rights Bethlehem Document de travail no.1, en ligne: <https://www.badil.org/phocadownloadpap/Badil_docs/Working_Papers/WP-E-01.pdf >.

Ron Redmond, « Returns to Bosnia and Herzegovina reach 1 million », briefing note, 21 septembre 2004, en ligne: <<https://www.unhcr.org/news/briefing-notes/returns-bosnia-and-herzegovina-reach-1-million> >.

Women's International League for Peace and Freedom (WILPF), *The Concept and Framework for the Development of a Gender-Sensitive Reparations Program for Civilian Victims of War in Bosnia and Herzegovina*, WILPF, 2015, en ligne: < <https://wilpf.org/wp-content/uploads/2018/04/Gender-Sensitive-Reparations-Program.pdf> >.

Jurisprudence

Twenty-Five Applications v United Kingdom, [1973] 3 Comm Eur DH 76.

Loizidou v. Turkey, [1996] 15318/89 Cour Eur DH.

Prosecutor v. Ante Gotovina and Mladen Markac, [2012] TPIY IT-06-90-A.

Prosecutor v. Naser Oric (Trial Judgment), [2006] TPIY IT-03-68-T.

Prosecutor v. Naser Oric (Appeal Judgment), [2008] TPIY IT-03-68-A.

Prosecutor v. Radislav Krstic (Trial Judgement), [2001] TPIY IT-98-33.

Prosecutor v. Duško Tadić (Trial Judgement), [1995] TPIY IT-94-1