



Assemblée générale

Distr. générale
12 octobre 2020
Français
Original : anglais

Soixante-quinzième session

Point 72 b) de l'ordre du jour

Promotion et protection des droits de l'homme :
questions relatives aux droits de l'homme, y compris
les divers moyens de mieux assurer l'exercice effectif
des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires

Note du Secrétaire général*

Le Secrétaire général a l'honneur de transmettre à l'Assemblée générale le rapport de la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Agnès Callamard, présenté en application de la résolution [73/172](#) de l'Assemblée.

* Le présent rapport a été soumis après la date limite afin que puissent y figurer les faits les plus récents.



Rapport de la Rapporteuse spéciale du Conseil des droits de l'homme sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires

Charniers : une mise en évidence de la multitude de sites à travers l'histoire et de par le monde marquant la perpétration de massacres et la mort de personnes des suites d'actes illégaux

Résumé

Le présent rapport examine la question des charniers, qui met en évidence la multitude de sites, à travers l'histoire et de par le monde, où ont été massacrés ou sont morts des êtres humains des suites d'actes illégaux. La Rapporteuse spéciale présente certaines des questions normatives et pratiques complexes que soulève l'existence de charniers et inventorie les multiples parties prenantes et l'éventail des demandes qui se rapportent à l'entretien et à la gestion de ces lieux d'inhumation collective. Elle dresse un état préliminaire des normes relatives aux droits de l'homme et des mesures pouvant permettre d'assurer une gestion des charniers qui concilie respect de la personne et respect des lois. Elle appelle enfin les États possédant de tels lieux de sépulture et la communauté internationale à faire respecter les nombreux droits se rapportant à leur existence.

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	4
II. Fosses communes : échelle et définition	5
III. Approches de la question des charniers : pratiques et thématiques	8
IV. Cadre des droits de l'homme favorisant une approche respectueuse et conforme au droit des fosses communes	16
V. Conclusion	26
VI. Recommandations	26

I. Introduction

« ... les morts ... sur cette planète, qui forment une carte souterraine de l'atrocité dont l'étendue se confond avec la surface de la terre »¹

1. Le présent rapport² trouve son origine dans les préoccupations exprimées par la Rapporteuse spéciale sur les exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, Agnès Callamard, au sujet des charniers et des sites où se sont perpétrés des massacres et de la responsabilité qui incombe à la communauté internationale d'en assurer la protection et de veiller à ce qu'ils soient traités comme il convient et à ce que les pays et les communautés ayant sur le territoire de tels sites bénéficient de l'accompagnement voulu. Or, cette responsabilité n'est pas pleinement comprise, détaillée ou reconnue.

2. À l'occasion de ses missions en El Salvador, en Iraq et en Italie, et des entretiens qu'elle a eus avec des familles de victimes d'exécutions arbitraires ou de disparitions forcées, du Mexique à la République arabe syrienne, ainsi qu'avec des organisations de la société civile cherchant à retrouver la trace de milliers de personnes supposées enterrées dans des fosses communes ou gisant au fond des océans, la Rapporteuse spéciale a été frappée par la place centrale qu'occupaient les lieux de mort violente et illégale dans l'expérience des personnes et dans leurs récits au quotidien. On ne saurait trop insister sur l'importance que revêtent ces charniers sur les plans émotionnel, personnel, religieux, social, juridique et historique dans les familles des personnes qui y sont enterrées, et pour les rescapés, pour leur communauté, pour les pays concernés et pour l'humanité tout entière. Or on dispose de peu d'éléments d'orientation pour pouvoir s'y retrouver dans le paysage extraordinairement complexe de ces sites.

3. Il n'est pas jusqu'à la tombe elle-même qui ne soit l'objet de demandes concurrentes, distinctes de celles qui portent sur chaque dépouille. Les charniers recèlent tout un ensemble de preuves qui jouent un rôle clef dans l'exercice efficace de la justice formelle. Ce sont aussi des espaces où se cristallise le chagrin intime de ceux dont les proches y sont enterrés. Nombreux sont ceux qui représentent des lieux symboliques de mémoire : la preuve concrète de la perpétration d'événements odieux qu'il ne faudra jamais oublier, si l'on veut éviter tout retour en arrière et empêcher qu'ils ne se reproduisent.

4. Malgré l'importance que revêtent les charniers pour un si grand nombre, leurs multiples dimensions au regard des droits de l'homme n'ont pas été entièrement explorées, la priorité étant accordée, dans les ouvrages et les conventions sur le sujet, aux fouilles à des fins d'identification et d'enquête. L'objet du présent rapport n'est pas d'apporter une réponse à toutes les questions complexes soulevées par l'existence de ces sites, mais de renforcer l'intérêt et l'engagement au sein de la communauté internationale vis-à-vis de ces questions et de leur étude. Tout en mettant l'accent sur l'importance de l'enquête et de l'identification, le rapport élargit également la focale de l'analyse sur la multiplicité des demandes, en insistant sur la nécessité de les inscrire dans une démarche fondée sur les droits de l'homme afin de permettre une gestion des charniers respectueuse des personnes et du droit.

5. Il s'agit en l'occurrence de trouver : les approches fondées sur les droits de l'homme pouvant permettre aux populations et aux autorités de concilier cet ensemble disparate de significations, d'intérêts, d'objectifs et de considérations ; les méthodes

¹ Traduction non officielle, extrait de Adam Rosenblatt, « International forensic investigations and the human rights of the dead », *Human Rights Quarterly*, vol. 32 (novembre 2010), p. 924.

² Voir le rapport consacré aux processus de mémorialisation par le Rapporteur spécial sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition.

qui, dans le contexte des droits de l'homme, sont propres à favoriser une réconciliation, par-delà la variété des besoins et des aspirations des parties prenantes, et ce dès la découverte d'un charnier mais aussi par la suite, au fur et à mesure de l'évolution des ressources, des demandes et des conditions ; les cadres à mettre en place dans le système des droits de l'homme pour parer ou remédier aux erreurs ou à de nouvelles violations contre les fosses communes et leur précieux contenu³.

II. Charniers : échelle et définition

6. Le nombre total de charniers (ou fosses communes) dans le monde n'a jamais été établi, mais il ne serait pas exagéré de dire que les sites, rien que pour le XX^e siècle, se dénombrent au moins en dizaines de milliers. Les plus anciens charniers, quant à eux, remontent à 10 000 ans. Dans le temps que la Rapporteuse spéciale a consacré à ses recherches et à la rédaction de son rapport, une dizaine de nouveaux charniers auraient été mis au jour dans différentes parties du monde. À titre d'exemple, deux jours avant la commémoration du génocide rwandais, en avril 2020, une tombe pouvant contenir 30 000 corps a été découverte dans la vallée d'un barrage⁴. Il n'est pas une région du monde, pas une période de l'histoire dans lesquelles il n'ait pas existé de charniers.

7. Un grand nombre de fosses communes, mais pas toutes, sont associées à des conflits et à des violations massives des droits de l'homme. Au Cambodge, 19 733 charniers constitués durant les ravages provoqués par le parti khmer rouge ont été recensés⁵. En 2020, la Commission Vérité et réconciliation, au Burundi, avait découvert au moins 4 000 charniers creusés lors des conflits survenus depuis 1962⁶. Le nombre de charniers datant de l'Holocauste qui a été mis au jour s'élève, rien qu'en Europe de l'Est, à plus de 1 500. En Espagne, au moins 2 000 fosses communes liées à la guerre civile ont été localisées, mais il en reste beaucoup d'autres encore à identifier⁷. En 2018, la Mission d'assistance des Nations Unies pour l'Iraq et le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme ont mis en évidence l'existence de 202 charniers dans le nord et l'ouest de l'Iraq, mais ont admis qu'il pourrait y en avoir beaucoup plus⁸. Ce nombre est presque aussi élevé que les 250 datant de l'époque de Saddam Hussein qui avaient déjà été découverts⁹. En 2020, des essais de fouilles ont été faits à Tulsa, aux États-Unis d'Amérique, pour tenter de retrouver le charnier renfermant les dépouilles des victimes afro-américaines d'un massacre sanglant perpétré en 1921¹⁰.

³ La Rapporteuse spéciale remercie Carolyn Horn et Bach Avezdjanov de leur aide inestimable et les nombreux experts consultés de leurs conseils et de leur contribution. En raison des restrictions imposées par la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19), elle n'a pas été en mesure de se rendre, comme elle en avait initialement l'intention, dans des pays offrant une expérience contrastée de la gestion des fosses communes.

⁴ Voir <https://apnews.com/92881561cc0fc78dd4cb50842c76e5d0>.

⁵ Voir <http://d.dccam.org/Projects/Maps/MappingKillingField.htm> et <https://uploads.knightlab.com/storymapjs/c7632c828011060f7d10c4f9f93eb19c/khmer-rouge-final-project/index.html>.

⁶ Voir www.bbc.com/news/world-africa-51112701.

⁷ José-Paulino Fernández-Álvarez et al., « Discovery of a mass grave from the Spanish civil war using ground penetrating radar and forensic archaeology », *Forensic Science International*, vol. 267 (octobre 2016), p. e10 à e17.

⁸ Voir www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23831&LangID=E.

⁹ Voir <https://2009-2017.state.gov/t/avc/trty/101888.htm>.

¹⁰ Voir www.npr.org/sections/live-updates-protests-for-racial-justice/2020/07/14/890785747/excavation-begins-for-possible-mass-grave-from-1921-tulsa-race-massacre.

8. Certains lieux d'inhumation collective peuvent ne pas être des sépultures ou la dernière demeure des défunts, mais n'en sont pas moins le lieu d'atrocités ou de morts collectives. Soumis à un barrage de bombardements aériens, les marchés civils, hôpitaux, écoles et maisons syriens se sont transformés en lieux de massacres et d'ensevelissement collectif¹¹.

9. Les lieux d'inhumation collective sont également liés à des activités criminelles. Au cours des dix dernières années, 20 000 migrants auraient perdu la vie en mer Méditerranée, victimes de la conjonction létale de la violence et de l'avidité des trafiquants d'êtres humains et de l'incapacité des États de les protéger¹². Des fosses communes ont été découvertes en Asie qui contiendraient les corps de migrants¹³. Entre 2006 et 2016, une enquête indépendante menée par des journalistes mexicains avec le concours du laboratoire Quinto Elemento a mené à la découverte au Mexique de 1 978 tombes contenant les restes de victimes de la guerre des narcotrafiquants¹⁴.

10. Malgré l'échelle de ce phénomène, à travers l'histoire comme dans l'actualité, et son ubiquité de par le monde, il n'existe pas de définition internationale du concept de charnier. Aucun consensus n'existe au niveau juridique sur ce qui caractérise un charnier, notamment sur le nombre minimal de dépouilles enterrées à partir duquel on peut parler de charnier. Pour certains, un charnier est constitué quand six personnes ou plus sont enterrées ensemble¹⁵ ; pour d'autres, il suffit qu'on y enterre plus d'une personne¹⁶. Les experts légistes définissent le charnier comme un « site d'inhumation contenant les restes, souvent entremêlés, d'un grand nombre de personnes » [traduction non officielle]¹⁷, et pouvant revêtir des formes très variées telles une tranchée, une fosse, organisées ou divisées en sections dont la densité de corps accumulés est variable¹⁸.

11. Pour de nombreux experts légistes et spécialistes des droits de l'homme, il faut une condition supplémentaire : le site doit avoir un rapport avec des violations massives des droits de l'homme ou déclencher une obligation d'enquête. Par conséquent, un charnier est un lieu d'inhumation contenant les restes de deux ou plusieurs victimes d'exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires¹⁸, ou un lieu renfermant potentiellement des preuves du massacre de civils et de prisonniers de guerre pendant un conflit armé [S/1994/674/Add.2 (Vol. I), par. 503 a) et b)].

12. La Rapporteuse spéciale adopte la définition suivante : un charnier est une sépulture dont les circonstances de la mort des occupants ou les conditions du dépôt de leur corps sont de nature à justifier l'ouverture d'une enquête à fin de vérification de leur légalité¹⁹. Cette définition se concentre sur deux aspects des charniers qui, autrement, pourraient être négligés ou insuffisamment mis en évidence.

¹¹ Voir les nombreux incidents énumérés dans le rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne, 28 janvier 2020 (A/HRC/43/57).

¹² Projet sur les migrants disparus, Organisation internationale pour les migrations : <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

¹³ Voir www.npr.org/sections/thetwo-way/2015/05/25/409472246/police-malaysia-uncovers-139-mass-graves-believed-to-hold-migrants.

¹⁴ Voir <https://theintercept.com/2018/12/13/mexico-drug-war-mass-graves/>.

¹⁵ William D. Haglund et al., « The archaeology of contemporary mass graves », *Historical Archaeology*, vol. 35, n° , p. 57 à 69.

¹⁶ *Protocole du Minnesota relatif aux enquêtes sur les décès résultant potentiellement d'actes illégaux*, version révisée, par. 110.

¹⁷ Allan D. Pass et Ayn Embar-Seddon, « Mass graves », in *Forensic Science*, deuxième édition (Salem Press, 2015).

¹⁸ Voir résolution 60/147 de l'Assemblée générale ; E/CN.4/2005/102/Add.1 ; *Protocole du Minnesota relatif aux enquêtes sur les décès résultant potentiellement d'actes illégaux*, version révisée, glossaire : « restes mêlés ».

¹⁹ Melanie Klinkner et Ellie Smith, « Mass grave protection and investigation guidelines »

13. Premièrement, elle englobe les fosses communes pratiquées à la suite d'une catastrophe naturelle, telle qu'un tremblement de terre ou un tsunami, ou d'une pandémie, qui engagent toutes deux la responsabilité de l'État ou d'acteurs non étatiques. Au moment de la rédaction du rapport, la pandémie de maladie à coronavirus (COVID-19) avait déclenché une prolifération des lieux d'inhumation massive, de Manaus (Brésil)²⁰ à New York, dont certains pourraient constituer des charniers²¹.

14. Deuxièmement, indépendamment des causes et des circonstances de la mort, ce qui distingue les charniers des autres sites d'inhumation collective sont les violations des « derniers droits » et des derniers rites²², y compris la suppression ou même l'annihilation de l'identité individuelle, culturelle ou religieuse qui demeure dans la mort. À cet égard, le traitement des corps au moment de la mort et après, c'est-à-dire la manière dont les dépouilles sont prises en charge, constitue un facteur distinctif, et notamment la question de savoir si les dépouilles sont ou non cachées à la vue et de quelle façon.

15. Par exemple, les lieux d'inhumation collective, après la survenue d'une catastrophe ou d'une pandémie, ne sont pas tous identiques. Il s'agit de savoir dans quelle mesure les dépouilles des personnes sont respectées, quand on les enterre, même si c'est à titre temporaire, et si leur identité individuelle est protégée²³, par comparaison, par exemple, au cas de figure dans lequel des centaines de cercueils sont empilés sur trois hauteurs dans des tranchées ou, pire encore, des centaines de corps poussés au bulldozer dans des fosses à moitié remplies d'ordures.

16. Dans le pire des cas, les charniers accumulent les violations au fil du temps. Les autorités nationales peuvent, notamment, en nier l'existence ou en réécrire l'histoire. Par exemple, les mécanismes relevant des procédures spéciales ont dénoncé aussi bien, dans le cas de la République islamique d'Iran, l'emprisonnement de personnes qui cherchaient à retrouver l'emplacement de charniers ou qui faisaient état de leur existence que le fait de détruire ou d'endommager des charniers, notamment en les arasant au bulldozer, en les dissimulant sous de nouvelles parcelles destinées à recevoir des sépultures individuelles, en coulant des dalles de béton ou en édifiant des bâtiments ou des routes par-dessus, et en les transformant en décharges publiques²⁴.

17. Le récapitulatif ci-après énumère quelques-uns des éléments caractéristiques des charniers :

a) Les chiffres importent. Sans recommander un chiffre précis, la Rapporteuse spéciale préconise que des travaux soient menés pour établir une

(à paraître). Voir www.bournemouth.ac.uk/research/projects/mass-grave-protection-truth-justice (site du projet).

²⁰ Voir www.theguardian.com/world/2020/apr/30/brazil-manaus-coronavirus-mass-graves.

²¹ Voir www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2020/04/10/831875297/burials-on-new-york-island-are-not-new-but-are-increasing-during-pandemic. Les personnes enterrées collectivement sur l'île de Hart sont celles qui n'ont pas été réclamées par un membre de leur famille ou un proche.

²² Voir <http://lastrights.net/>.

²³ Voir www.paho.org/disasters/newsletter/index.php?option=com_content&view=article&id=306:a-disaster-myth-that-just-wont-die-mass-burials-and-the-dignity-of-disaster-victims&catid=153&Itemid=198&lang=en et https://www.researchgate.net/publication/24205755_Guidelines_for_the_effective_conduct_of_mass_burials_following_mass_disasters_Post-Asian_Tsunami_disaster_experience_in_retrospect.

²⁴ Voir A/HRC/WGEID/111 ; IRN 21/2017 ; A/72/322. La République islamique d'Iran dément ces allégations, expliquant que des cimetières ont dû être démantelés à cause de la croissance urbaine et qu'ils l'ont été en conformité avec les plans d'urbanisation. Voir également l'adresse suivante : <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadFile?gId=33648>.

distinction plus nette entre les charniers contenant deux à six dépouilles et ceux qui contiennent les restes de centaines ou de milliers de personnes. Cela ne veut pas dire que les sites contenant moins de corps méritent moins d'attention, mais simplement que les questions de type juridique, décisionnel, logistique, politique et mémoriel qui se posent à leur égard diffèrent des questions suscitées par les sites d'inhumation collective contenant un très grand nombre de corps ;

b) Les charniers témoignent de la commission de violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire, notamment, mais pas seulement, d'un non-respect du droit à la vie. Ils peuvent également indiquer que l'État ne protège pas le droit à la vie, notamment en n'agissant pas avec la diligence requise pour prévenir ou atténuer les effets d'une catastrophe naturelle, telle qu'un tsunami, ou d'une pandémie ;

c) Les charniers peuvent représenter des violations des « derniers droits », y compris les rites liés à la fin de vie et les rites funéraires et le respect dû aux dépouilles ;

d) Les charniers taisent l'identité de chacune des personnes dont elles contiennent les restes, et violent ainsi le droit de chaque victime à une identité dans la mort, ainsi que les droits des familles des victimes, qui ne connaissent pas le sort de leurs proches ;

e) Les charniers sont eux-mêmes souvent un endroit que l'on cache. Ils pourront ensuite être détruits et profanés, et le seul fait d'en faire mention pourra être transformé en crime potentiel ou en source de harcèlement ;

f) Tous ces actes représentent des violations de la prohibition des disparitions forcées, de l'obligation d'enquêter sur les exécutions extrajudiciaires et du droit à la vérité. Ils peuvent également être un élément constitutif de crimes de génocide, de nettoyage ethnique et de crimes connexes.

18. L'existence de charniers justifie l'ouverture d'enquêtes sur les circonstances de décès résultant potentiellement d'actes illégaux, les causes de la mort et la manière dont les corps y ont été déposés²⁵.

III. Approches de la question des charniers : pratiques et thématiques

19. La Rapporteuse spéciale a examiné une série d'approches historiques et contemporaines, notamment dans les cas du Cambodge, de la Colombie, de l'Espagne, de l'Iraq, de la République islamique d'Iran, du Rwanda, du Viet Nam, des Balkans et dans le contexte de l'attentat du 11 septembre 2009 aux États-Unis. Les charniers relevant de l'Holocauste ont également été pris en compte. Si la Rapporteuse spéciale se penche également sur le cas des charniers de migrants potentiellement décédés des suites d'actes illégaux ainsi que des charniers de victimes de pandémies, la section ci-après porte principalement sur les charniers qui résultent de violences à grande échelle.

20. La Rapporteuse spéciale tient à préciser que cette réflexion, bien que complétée d'une section où elle passe en revue des publications et des entretiens avec des experts, ne constitue pas une évaluation ou une appréciation de ce qui a été réalisé du point de vue des droits de l'homme. Cependant, elle y dégage des grandes thématiques

²⁵ Melanie Klinkner et Ellie Smith, « Mass grave protection and investigation guidelines » (à paraître). Voir www.bournemouth.ac.uk/research/projects/mass-grave-protection-truth-justice.

à mettre en exergue dans la variété des façons d'aborder la question des charniers au fil du temps. Il s'agit des éléments suivants :

- a) Des différences de signification symbolique ;
- b) L'existence d'objectifs différents, parfois concurrents, en particulier dans des contextes de pénurie de ressources ;
- c) Des discriminations et des inégalités dans la mort ;
- d) La participation effective des familles, des rescapés et des communautés.

A. Différences de signification symbolique

21. Dans un cimetière public, les tombes individuelles et les signes distinctifs qu'elles comportent rappellent que les personnes aujourd'hui décédées ont autrefois vécu, aimé et travaillé et qu'elles ont eu, peut-être, une bonne vie, et si ce n'est une bonne mort, du moins une bonne dernière demeure où reposer en paix²⁶. Or le charnier est le contraire d'une dernière demeure paisible : c'est l'absence de droit à la vie et de droit au respect dans la mort. D'où la nécessité d'apporter des réponses à l'échelon des vivants.

22. Les charniers et les lieux de massacres (il ne s'agit pas nécessairement des mêmes endroits) signifient beaucoup de choses pour beaucoup de gens. Ce qu'ils symbolisent, et pour qui, varie en fonction de critères personnels, religieux, culturels et historiques, et d'un site à l'autre, d'une personne à l'autre, d'une communauté à l'autre et d'un pays à l'autre. Par exemple :

a) En Argentine, les fosses communes et les corps des disparus ont pris une importance politique particulière dans le cadre de l'action menée par certaines familles combattant la dictature responsable des meurtres de leurs proches ;

b) En Espagne, après la guerre civile, le Gouvernement franquiste a strictement interdit qu'il soit fait mention des charniers. Après le retour à la démocratie, des chercheurs ont fait état d'un « pacte du silence », défini non comme une « condition imposée résultant de la répression politique, mais comme le résultat d'une autocensure et d'une censure mutuelle généralisée dans l'ensemble du spectre politique. Dans un tel contexte, il n'était pas permis de représenter collectivement et politiquement les morts » [traduction non officielle]²⁷ ;

c) Dans la conviction qu'il importait de rendre visible les charniers pour pouvoir lutter contre les séquelles du génocide, le Rwanda a exposé les ossements de certaines victimes dans des sites mémoriels afin de combattre le négationnisme face au génocide et de permettre une vision plus unifiée de l'avenir du pays²⁸ ;

d) À Srebrenica, en Bosnie-Herzégovine, les corps exhumés des charniers ont été réenterrés dans des cimetières communs qui, bien que constituant des lieux où les défunts pouvaient enfin reposer en paix et dans une bien plus grande dignité, ne se

²⁶ « La plupart des sociétés font une distinction entre une « bonne » et une « mauvaise » mort et entre une mort « heureuse » et une mort « malheureuse ». La littérature anthropologique du monde entier a amplement traité ces distinctions... » [traduction non officielle] : extrait de Caroline Bennett, « Who knows who we are? Questioning DNA analysis in disaster victim identification », *New Genetics and Society*, vol. 33, n° 3 (2014), p. 239 à 256.

²⁷ Layla Renshaw, *Exhuming Loss: Memory, Materiality and Mass Graves of the Spanish Civil War* (Routledge, 2011), p. 15.

²⁸ Voir www.nytimes.com/2004/02/26/world/10-years-later-in-rwanda-the-dead-are-ever-present.html ; Laura Major, « Unearthing, untangling and re-articulating genocide corpses in Rwanda », *Critical African Studies*, vol. 7, n° 2, p. 164 à 181.

substituaient pas aux sites d'origine. Les familles rendent visite aux sites où se sont produits le meurtre et l'inhumation à l'origine, qui ne sont pas toujours accessibles au grand public²⁹.

23. Le traitement des charniers est également influencé, tant au moment de leur découverte qu'à plus long terme, par des considérations religieuses et culturelles :

a) Sur certains sites de l'Holocauste, par exemple, les autorités religieuses auraient refusé toute exhumation au motif qu'elle constituait une violation du droit judaïque, tandis que sur d'autres, des points de vue différents ont prévalu, les fouilles, considérées comme satisfaisant au droit judaïque, étant encouragées. Ces décisions ont été compliquées par la présence de personnes d'autres confessions³⁰ ;

b) Au Cambodge, on a dit que certains considéraient que l'exhumation des corps était impossible sur le plan logistique et économique, mais également incompatible avec les systèmes de croyance locaux. Dans certains cas, en témoignage symbolique de leur perte, les familles des disparus se sont vu attribuer des crânes, sachant que ces crânes n'étaient pas ceux des membres de leur famille. Pour de nombreuses familles, semble-t-il, les cérémonies en l'honneur du défunt, l'intégration des sites au sein de leur communauté et la commémoration spirituelle étaient considérées comme plus importantes³¹. Ainsi, les fouilles, dans la plupart des cas, n'ont pas eu lieu, la grande majorité des tombes redevenant des terres agricoles ;

c) Au Rwanda, il a été dit que certains considéraient le nettoyage des ossements comme un moyen d'honorer le rite du lavage des corps traditionnellement pratiqué au sein de la communauté³² ;

d) En Bosnie-Herzégovine, un imam éminent a, semble-t-il, joué un rôle déterminant en permettant la participation des femmes aux cérémonies et en autorisant l'inhumation de restes partiels, transposant ainsi les préceptes de l'Islam pour la situation présente³³.

24. D'autres éléments normatifs sont également variables. D'aucuns affirment que les morts eux-mêmes ont des droits humains, ou des « droits humains résiduels », qui consistent à être traités avec dignité³⁴, et ce, indépendamment des besoins et des désirs de ceux qui leur survivent. D'autres préconisent des mesures pratiques pour réparer l'indignité et veiller au respect des morts, mais pas dans le cadre de la réalisation de leurs droits³⁵. Les deux points de vue partent du principe que les morts eux-mêmes ont été blessés par les indignités commises sur leurs corps, qu'un droit international de la personne s'applique, en l'occurrence, ou non.

25. Toute tentative de réparation doit nécessairement être interprétée et mise à exécution par les vivants. On peut néanmoins l'aborder également du point de vue

²⁹ Voir Lara J. Nettelfield et Sarah E. Wagner, *Srebrenica in the Aftermath of Genocide* (New York, Cambridge University Press, 2014).

³⁰ Caroline Sturdy Colls, « "Earth conceal not my blood": forensic and archaeological approaches to locating the remains of Holocaust victims », in *Human Remains in Society: Curation and Exhibition in the Aftermath of Genocide and Mass Violence*, Jean-Marc Dreyfus et Élisabeth Anstett, dir. (Manchester, Manchester University Press, 2016), p. 169 et 170 ; voir aussi <https://nationalpost.com/news/world/researchers-find-forgotten-holocaust-graves-without-digging-abiding-by-jewish-law>.

³¹ C. Etcheson, « Khmer Rouge prisons and mass graves », in *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, Vol. 2, D. L. Shelton, dir. (Detroit, Macmillan Reference, 2005), p. 613 à 615.

³² Laura Major, « Unearthing, untangling and re-articulating genocide corpses in Rwanda ».

³³ Entretien avec Élisabeth Anstett, 20 mars 2020.

³⁴ C. Moon, « Human rights, human remains: forensic humanitarianism and the human rights of the dead », *International Social Science Journal*, vol. 65, n° 215-216, p. 59.

³⁵ A. Rosenblatt, « International forensic investigations and the human rights of the dead », *Human Rights Quarterly*, vol. 32, n° 4 (novembre 2010), p. 947 à 950.

des morts. Certaines cultures, comme celle des Maoris, « considèrent les ancêtres morts comme des parties prenantes aux affaires des vivants »³⁶. À tout le moins, il faut reconnaître que les vivants tentent souvent d'interpréter la volonté des défunts, comme l'ont fait, après la Seconde Guerre mondiale, certaines familles qui estimaient que leurs proches ne devaient pas être rapatriés mais rester enterrés avec ceux qui étaient morts à leurs côtés³⁷.

B. Concurrence d'objectifs divers

26. Lorsqu'une fosse commune est découverte ou qu'il faut décider du sort à lui réserver, de nombreux objectifs, souvent concurrents, se font jour. Parmi eux :

- a) Individuer et identifier les dépouilles, ce qui suppose de les exhumer ;
- b) Enquêter sur la scène du crime et recueillir des preuves ;
- c) Mémorialiser le site ;
- d) Inhumer les dépouilles (de nouveau).

1. Individuation et identification

27. En droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire, les restes humains appartiennent à la famille du défunt ou de la défunte et, si celle-ci en fait la demande, devraient lui être restitués, sans préjudice de la conduite d'une enquête criminelle, laquelle demeure une obligation distincte et parallèle. Dans de nombreux endroits, les familles ont demandé l'individuation et l'identification des dépouilles, qui a eu lieu sous l'égide d'initiatives étatiques ou avec l'appui de la communauté internationale, par l'intermédiaire d'organisations comme la Commission internationale pour les personnes disparues, le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et l'Équipe argentine d'anthropologie médico-légale. Parfois, ces démarches ont été faites dans le cadre de processus judiciaires. Dans d'autres cas, elles n'ont pas conduit à des procès, notamment lorsqu'elles ont eu lieu des décennies après les faits.

28. Le fondement de l'identification certaine des défunts est la reconnaissance de l'angoisse que vivent les familles qui ignorent le sort de leurs proches. À défaut d'identification ou de reconnaissance juridique du décès, les familles des disparus sont non seulement privées de dignité dans leur deuil, mais elles se heurtent aussi à des obstacles compromettant souvent l'exercice de leurs droits successoraux. L'identification est une manière de reconnaître que, pour de nombreuses raisons, la société au sens large doit également connaître la vérité.

29. La Rapporteuse spéciale a été frappée par le fait que, bien que l'identification individuelle soit le principal point de référence, les taux réels d'identification des dépouilles sont faibles, en particulier relativement au nombre considérable de personnes inhumées :

a) les meilleurs résultats à ce jour sont vraisemblablement ceux obtenus suite au conflit dans les Balkans, 75 % des 30 000 personnes disparues lors de ce conflit et 90 % des victimes de la tragédie de Srebrenica ayant été identifiées, initialement grâce au travail de la Commission internationale pour les personnes disparues, puis, de plus en plus, aux efforts d'organisations locales. La Croatie a établi des directives générales sur la localisation et la fouille des fosses communes des années 1990 et de la Deuxième Guerre mondiale et procédé à l'érection de monuments commémoratifs

³⁶ [Traduction non officielle], *ibid.* p. 932.

³⁷ Entretien avec le Dr Jean-Marc Dreyfus, le 12 mars 2020.

pour les deux catégories et à l'identification des dépouilles trouvées sur les sites des années 1990. Récemment, un financement a rendu possible l'utilisation de techniques d'identification génétique plus avancées ;

b) Les attaques du 11 septembre 2001 sur les tours jumelles du World Trade Center à New York ont fait 2 753 morts. Seuls 293 corps ont été retrouvés intacts, mais 21 900 fragments de dépouilles ont été récupérés. Environ 1 100 victimes (près de 40 %) n'ont toujours pas été officiellement identifiées, malgré l'investissement d'un volume de ressources inégalé ailleurs dans le monde³⁸ ;

c) Au Cambodge et au Rwanda, les victimes ont été nommées, mais, en général, pas à la suite de fouilles, d'individuation et d'identification. Dans de nombreux cas, on suppose que les personnes sont enterrées dans telle ou telle fosse commune parce que le corps d'un ou de plusieurs voisins a pu être identifié³⁹ ;

d) Peu de victimes trouvées sur des sites en Afghanistan, en République démocratique du Congo et en Iraq, entre autres pays, semblent avoir été identifiées.

30. Il est à craindre que l'accent mis sur l'identification déçoive la grande majorité des familles et puisse même intensifier leur douleur, créant presque un traumatisme secondaire si leurs espoirs ne se réalisent pas. Il convient de réfléchir d'emblée aux méthodes de coopération avec les familles afin de réduire ce risque⁴⁰.

31. Dans certains cas, il peut ne pas être nécessaire de procéder à une enquête médico-légale sur la fosse commune. Les principes directeurs concernant la recherche de personnes disparues prévoient que la recherche d'un corps peut être suspendue « lorsqu'il n'existe aucune possibilité matérielle de retrouver cette personne, après avoir analysé toutes les informations disponibles et étudié toutes les hypothèses possibles⁴¹ ». Cependant, « [e]n aucun cas la suspension des recherches menées pour localiser une personne disparue ne saurait entraîner la fin des recherches ou la clôture de l'enquête pénale », ce qui laisse penser qu'il est possible que justice soit rendue malgré l'absence d'un corps. Le CICR a également souligné que, si l'identification des restes fait partie intégrante de nombreuses enquêtes pénales, dans un contexte d'exhumation de fosses communes, la cause du décès peut être déjà connue ou évidente, et l'identification peut être la tâche la plus difficile et la plus coûteuse⁴².

³⁸ Voir www.cnn.com/2019/06/10/us/september-11-victim-identified/index.html. En 2016, les États-Unis avaient dépensé plus de 80 millions de dollars pour l'identification des victimes des attaques du 11 septembre (voir www.newscientist.com/article/mg23230961-100-picking-up-the-pieces/). Le coût du musée et du mémorial commémorant la vie des personnes tuées s'élève à environ 700 millions de dollars et son budget de fonctionnement à quelques 63 millions de dollars (voir www.nbcnews.com/news/us-news/700-million-counting-9-11-museum-opens-money-worries-n106536). Voir, en général, Jay D. Aronson, *Who Owns the Dead? The Science and Politics of Death at Ground Zero* (Cambridge: Harvard University Press, 2016).

³⁹ Entretien avec des experts du Rwanda, septembre 2020.

⁴⁰ Entretien avec Robin Reinecke, assistante de recherche en sciences sociales, The Southwest Center, Université d'Arizona.

⁴¹ CED/C/7, principe 7.

⁴² Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a également souligné cette distinction : « le travail que les spécialistes de la médecine légale effectuent dans leur propre pays s'inscrit dans le cadre de la procédure judiciaire nationale. Faisant intégralement partie de toute enquête criminelle, l'identification des dépouilles mortelles va de pair avec la détermination de la cause du décès. En revanche, il peut en aller autrement dans un contexte de personnes portées disparues (notamment lorsque, pour les besoins de l'enquête, des restes enterrés dans des fosses communes doivent être exhumés). Il est en effet possible que la cause du décès soit déjà connue, ou soit évidente, et que l'identification représente une tâche très difficile, requérant des moyens considérables. » (Comité international de la Croix-Rouge, « Les disparus : Action pour résoudre le problème des personnes portées disparues dans le cadre d'un conflit armé ou d'une situation de violence interne et pour venir en aide à leurs familles », 2003). Consultable à l'adresse :

2 Enquête sur la scène de crime

32. Les fosses communes sont des scènes de crime, renfermant des preuves de violations graves des droits de l'homme, faisant ainsi naître des obligations d'enquête et d'établissement formel des responsabilités. Le recours à une fosse commune est également un signe que les restes ont été traités de manière illégale, dans le but d'entraver non seulement leur rapatriement et leur restitution aux proches, mais aussi la justice formelle. En d'autres termes, une fosse commune indique la perpétration de plusieurs infractions.

33. Les fosses communes soulèvent une question singulière : celle de l'exhumation. Lorsque les conditions sont réunies pour que le corps puisse être exhumé avec efficacité et respect, l'exhumation peut être un puissant facteur d'exécution des obligations relatives aux droits de l'homme. Toutefois, il existe d'autres moyens de rechercher la justice, qui ne supposent pas de perturber les lieux de sépulture, notamment lorsque les auteurs et les témoins sont vivants et que les auteurs présumés sont déjà détenus :

a) Dans le cadre de certaines poursuites pénales internationales (en Bosnie-Herzégovine et en Croatie, ainsi qu'au Kosovo)⁴³, les preuves tirées des fosses communes ont joué un rôle capital, non seulement dans l'établissement de l'infraction et lorsque possible, de l'existence d'un lien avec des auteurs de haut-niveau, mais également dans la lutte contre l'idéologie révisionniste, notamment en ce qui concerne le nombre de victimes⁴⁴ ;

b) Au Cambodge et au Rwanda, en revanche, les fouilles n'ont pas joué un rôle important dans le processus judiciaire. Les fosses communes n'ont pas permis d'établir de liens avec de tel ou tel auteur. Les massacres et la manière dont ils ont été commis n'étaient pas contestés, tandis que le nombre de victimes a pu être estimé à l'aide de données démographiques⁴⁵ ;

c) Des militants syriens des droits de l'homme à Raqqa ont mis en doute la nécessité de troubler l'ordre des nombreuses fosses communes de la ville et de ses environs sans avoir la capacité de traiter respectueusement les dépouilles après leur exhumation, en particulier étant donné que les responsables présumés des massacres et des disparitions étaient détenus dans des prisons irakiennes et pouvaient être interrogés⁴⁶.

34. Les entités devraient être fortement dissuadées d'exhumer les corps lorsqu'elles n'ont pas la capacité de conserver les données relatives aux personnes exhumées et de les réenterrer dignement, c'est-à-dire lorsqu'elles n'ont pas la capacité de conserver les restes et de procéder aux enquêtes médico-légales et en l'absence d'une base de données (génétiques et autres) sur les membres potentiels de leur famille.

35. Les familles et les populations peuvent exiger une exhumation professionnelle ou procéder elles-mêmes à l'exhumation. Le Protocole du Minnesota relatif aux enquêtes sur les décès résultant potentiellement d'actes illégaux impose de consulter les proches avant l'autopsie, dans la mesure du possible, mais ne comporte pas de disposition sur la participation des familles à une possible exhumation⁴⁷. Les

https://www.icrc.org/data/rx/fr/assets/files/other/icrc_themissing_102002_fr_3.pdf.

⁴³ La mention du Kosovo s'entend ici au sens de la résolution 1244 (1999) du Conseil de sécurité.

⁴⁴ Entretien avec la professeure Melanie Klinkner, le 25 mars 2020.

⁴⁵ Un autre facteur qui a pu jouer dans la décision de ne pas procéder à des fouilles est le manque de ressources et l'absence de compétences ou de capacités médico-légales dans le pays. Voir, par exemple, Melanie Klinkner, « Forensic science for Cambodian justice », *International Journal for Transitional Justice*, vol. 2, p. 227 à 243.

⁴⁶ Rencontre avec la Rapporteuse spéciale.

⁴⁷ Protocole du Minnesota relatif aux enquêtes sur les décès résultant potentiellement d'actes

organisations criminalistiques, telles que l'Équipe argentine d'anthropologie médico-légale, obtiennent généralement le consentement des membres de la famille dont l'identité est connue avant toute exhumation⁴⁸. Le CICR préconise une « interaction permanente » avec les membres de la famille pendant les fouilles et l'exhumation⁴⁹. La Rapporteuse spéciale souligne qu'il est primordial de consulter les familles et les populations touchées en toutes circonstances.

3. Mémorialisation, nouvelle inhumation et exposition au public

36. L'avenir d'une fosse commune et des dépouilles qui y gisent, le plus souvent non identifiées, est une question qui revêt une grande importance aux niveaux personnel, local, national et international. Les familles devraient occuper une place centrale dans la prise de décisions à ce sujet, mais d'autres revendications, parfois différentes, voire concurrentes, sont également à prendre en compte, comme celles des survivants, des populations touchées et des autorités.

37. La décision d'exposer au public les restes et autres artefacts exhumés de sépultures est une question particulièrement sensible. Pour justifier leur rejet des appels des familles à inhumer de nouveau tous les restes « avec dignité », les autorités ont expliqué qu'il était nécessaire d'exposer ces restes au public pour éduquer la population sur le génocide et soutenu que la dignité des victimes en sortait grandie⁵⁰. De telles affirmations sont d'autant plus ténues lorsque ces restes sont laissés exposés aux éléments ou que leur entretien est inadéquat.

38. Au Rwanda, le gouvernement a décidé de ne pas individualiser les restes ; de plus, les expositions présentées par certains mémoriaux dédiés au génocide et financés par l'État incluent des restes humains⁵¹. Au Cambodge, les populations et les membres des familles ont érigé des stupas contenant des os longs et des crânes⁵². Aux États-Unis, la manière dont les restes non identifiés des morts du site du 11 septembre devraient être conservés et commémorés a suscité de longs débats.

39. Le développement de formes de tourisme autour de sites ou d'expositions publiques a parfois suscité des tensions palpables entre les objectifs de commémoration digne et personnelle et ceux d'information et de prévention des répétitions. Ces tensions soulèvent la problématique de ce en quoi consiste le respect plutôt que l'exploitation des fosses communes et des personnes qui y sont enterrées.

40. En tant que lieux de commémoration, les fosses communes sont des sites importants pour des millions de personnes, potentiellement, et pour des générations. En conséquence, elles doivent être protégées comme des rappels durables des maux du passé que l'humanité ne peut laisser se répéter⁵³.

illégaux (2016), version révisée, sect. II.D.3, par. 37 ; sect. V.C.

⁴⁸ Entretien avec Luis Fondebrider, le 20 mars 2020.

⁴⁹ Voir CICR, « Les personnes disparues et leurs familles : Résumé des conclusions des événements préliminaires à la Conférence internationale d'experts gouvernementaux et non gouvernementaux (19 à 21 février 2003) » (2003). Consultable à l'adresse : https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_themissing_012003_fr_10.pdf.

⁵⁰ Annalisa Bolin, « Dignity in death and life: negotiating agaciro for the nation in preservation practice at Nyamata genocide memorial, Rwanda », *Anthropological Quarterly*, vol. 92, n° 2 (printemps 2019), p. 345 à 374.

⁵¹ Erin Jessee, « Promoting reconciliation through exhuming and identifying victims of the 1994 Rwandan genocide », *CIGI-Africa Initiative Discussion Paper Series* n° 4 (juillet 2012).

⁵² Entretien avec la professeure Melanie Klinkner, le 25 mars 2020. Voir, en général, Caroline Bennett, « Living with the dead in the killing fields of Cambodia », *Journal of Southeast Asian Studies*, vol. 29, n° 2 (juin 2018), p.184 à 203.

⁵³ Les camps d'extermination de l'Holocauste sont un de ces rappels. Si les nazis ont été les seuls à tenter de détruire systématiquement jusqu'aux corps de leurs victimes, les sites de ces camps, et

C. Inégalités dans la mort

41. Les êtres humains peuvent être traités de manière inégale après leur décès, comme de leur vivant. C'est pour les personnes les plus marginalisées au cours de leur vie – celles qui sont pauvres, persécutées ou victimes de discrimination – que le risque est le plus élevé que leur dépouille ne soit pas identifiée ni rendue à leur famille et que justice ne soit pas faite. Les causes de ce phénomène tiennent principalement aux vivants et à des discriminations dans les manières dont sont perçues la mort :

a) il a été rapporté qu'après les tsunamis de 2004 dans l'océan Indien, des équipes sont venues du monde entier pour identifier les cadavres de leurs ressortissants. Des méthodes controversées ont parfois été employées pour identifier les victimes venant de pays occidentaux tandis que celles venant d'Asie ont été enterrées rapidement dans des fosses communes⁵⁴ ;

b) des milliers de victimes du génocide arménien gisent dans le désert de Syrie, enterrées sans être identifiées ;

c) des pays dépensent des millions de dollars pour récupérer, identifier et rapatrier le corps de leurs soldats ou de leurs citoyens, mais ne font guère d'efforts pour trouver et identifier d'autres catégories de personnes sur leur territoire, comme les migrants, ou pour les traiter dignement après leur décès ;

d) les odontogrammes jouent un rôle clef dans l'identification des cadavres, mais ils ne sont disponibles que lorsque la victime avait accès à des soins dentaires de son vivant⁵⁵ ;

e) les victimes dont la dépouille git au fond de l'océan sont bien moins susceptibles d'être identifiées et commémorées. C'est le cas des victimes de la dictature argentine et potentiellement celui de milliers de migrants perdus en mer Méditerranée.

D. Participation réelle

42. Une question fondamentale se pose en matière de droits humains : quels droits ont les familles, les survivants et les populations locales et comment équilibrer ces droits et les intérêts de l'ensemble de la société et de la communauté internationale ?

43. À ce jour, cinq scénarios types ressortent de l'étude de cas faite par la Rapporteuse spéciale :

a) Une stratégie trop fréquemment adoptée par les autorités est d'exclure, voire de réprimer, les initiatives de commémoration des fosses communes. Elles empêchent ainsi les familles et les autres personnes qui cherchent à repérer les fosses communes et qui rapportent leur existence d'en faire des sites commémoratifs et peuvent même incriminer de tels actes.

b) L'État peut prendre en charge les sites et les dépouilles. Il détermine et contrôle comment les fosses sont mises au jour, comment les dépouilles sont récupérées et enterrées et quelles mesures commémoratives sont prises, le cas

leurs cendres non identifiables, sont devenus des monuments commémoratifs. Entretien avec le Dr Jean-Marc Dreyfus, le 12 mars 2020.

⁵⁴ Caroline Bennett, « Who knows who we are? Questioning DNA analysis in disaster victim identification ».

⁵⁵ Même des siècles après les faits, l'ossature et la denture sont révélatrices de l'état de pauvreté dans lequel le défunt a vécu, laissant des marques irréfutables de privations sévères, comme l'examen de la dépouille de migrants décédés en transit l'a établi.

échéant. Les familles et les survivants sont exclus de la prise de décisions, celles-ci « venant d'en haut ». Même lorsque l'État n'est pas responsable des meurtres en cause, il peut empêcher les familles de participer, limiter leur participation ou n'inviter que certaines d'entre elles à participer, en vue de garder la maîtrise du discours. Dans d'autres cas, bien qu'il ne soit pas interdit aux familles de participer, l'écart est grand entre les souhaits des familles et ceux des autorités nationales⁵⁶ ;

c) Parfois, la communauté internationale rend plus difficile la participation des familles et des populations concernées. Identifier les dépouilles et les remettre aux familles n'étant pour elles qu'un objectif secondaire, certaines initiatives de justice pénale internationale qui procèdent à des examens médico-légaux sur les sites interviennent avec une participation limitée des populations concernées ;

d) Dans d'autres cas, ce sont les familles elles-mêmes qui entament et pilotent le processus, leur participation et leur représentation s'organisant naturellement. Les organisations non gouvernementales jouent alors un rôle d'accompagnement crucial. Les anthropologues criminalistes peuvent également consulter les familles et les associer aux décisions qu'ils prennent ;

e) Les familles ou les populations touchées peuvent également reprendre la direction de processus lancés par l'État ou chercher à influencer ou même à entraver les objectifs de l'État ou des autres intervenants. Lorsque l'exhumation est retardée par l'État ou d'autres acteurs, les familles peuvent avoir l'impression qu'elles n'ont pas d'autre choix que de prendre les choses en main en menant des activités de « criminalistique citoyenne ». En outre, le désir de participer physiquement à la récupération du corps d'un être aimé pourrait être foncièrement inné. Comme l'a expliqué l'un des experts, les tentatives des familles d'ouvrir elles-mêmes les fosses communes, presque sans technologie, avec leurs propres mains – loin des experts médico-légaux et des banques de données – et de donner à autrui, à leurs enfants, des tombes individuelles sont importantes ; il y a là quelque chose de profondément humain⁵⁷.

44. Le premier de ces scénarios types constitue une violation par l'État de son obligation de respecter un certain nombre de droits fondamentaux. Les autres illustrent la nécessité de formuler des normes minimales, qui tiennent compte des réalités locales, concernant la participation des familles, des survivants et des populations concernées à des décisions d'une importance capitale en ce qui concerne le traitement et la gestion des fosses communes.

IV. Cadre des droits de l'homme favorisant une approche respectueuse et conforme au droit des fosses communes

45. Le bref portrait des pratiques en matière de fosses communes qui suit fait ressortir une série de questions normatives, religieuses, culturelles et pratiques complexes, qui ne peuvent être réglées par une approche unique. Il s'en dégage qu'il est nécessaire d'examiner l'ensemble des questions relatives aux droits de l'homme et des solutions possibles, ces solutions ne devant pas entraver la poursuite de la justice, mais devant contribuer à faire respecter la dignité des personnes décédées, à apaiser la douleur et les souffrances de leurs proches et à affirmer la détermination de l'humanité à empêcher que de tels actes se répètent.

46. Le reste du rapport contient des propositions concernant les rudiments d'un cadre des droits de l'homme qui reconnaît une diversité de revendications, de droits

⁵⁶ Entretien avec Luis Fondebrider, 20 mars 2020.

⁵⁷ Entretien avec le Dr Jean-Marc Dreyfus, le 12 mars 2020.

et d'obligations, ainsi que des suggestions concernant certaines mesures visant à les équilibrer et à y répondre.

A. Fosses communes : compendium des droits et obligations

47. Quelles sont les obligations de l'État en matière de gestion des fosses communes sur son territoire, outre celles relatives aux enquêtes et aux disparitions forcées ? Si plusieurs normes existent, elles sont dispersées et rarement réunies⁵⁸.

1. Droits humains

48. La création de fosses communes révèle la violation des droits suivants :

- a) le droit à la vie ;
- b) les droits relatifs aux disparitions forcées : le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ;
- c) les « derniers droits » relatifs au traitement du corps après le décès, qui se rapportent en grande partie à la famille du défunt et qui résultent des droits civils, culturels et religieux⁵⁹.

49. D'autres revendications en matière de droits humains doivent être prises en considération, à savoir celles qui sont liées aux familles et à la société dans son ensemble, notamment :

- a) le droit à une enquête ;
- b) le droit de recours et le droit à réparation⁶⁰ ;
- c) le droit à un traitement humain ;
- d) la liberté de religion et de conviction ;
- e) la liberté d'association et d'expression ;
- f) le droit de participer à la vie culturelle⁶¹.

50. Ensemble, certains de ces droits fondent le droit à la vérité, qui est due aux familles et à la société. Ce droit comprend un « droit inaliénable » de connaître la vérité sur les événements passés, un devoir de mémoire et un droit de savoir des victimes (E/CN.4/2005/102, principes 2 à 4). Un élément essentiel du droit à réparation comprend également « la vérification des faits et la divulgation complète et publique de la vérité⁶² ». La Cour interaméricaine des droits de l'homme a réaffirmé que « toute personne, y compris les membres des familles des victimes de violations graves des droits de l'homme, ont le droit de connaître la vérité. En conséquence, les

⁵⁸ Trois sources juridiques principales ont été prises en compte : le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, ainsi que la discipline émergente qu'est le droit international des secours et des interventions en cas de catastrophe.

⁵⁹ Voir <http://lastrights.net/>.

⁶⁰ A. Sweeney, « The elusive right to truth in transitional human rights jurisprudence », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67 (avril 2018), p. 368 et 369.

⁶¹ Voir <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127160>.

⁶² 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, par. 22 b).

familles des victimes, et la société, doivent être tenues informées des faits relatifs à ces violations »⁶³.

51. Les droits des générations futures en matière de fosses communes doivent être étudiés plus avant, que ce soit dans le cadre de l'application des droits susmentionnés ou de réclamations indépendantes.

2. Violations et interdictions

52. Les fosses communes reflètent et incarnent toute une série de violations commises par les États ou les parties à un conflit, notamment la violation de :

a) l'interdiction des exécutions arbitraires et autres actes illégaux entraînant la mort, un principe fondamental et universellement reconnu, applicable à tout moment et en toutes circonstances. Il ne peut y être dérogé, même au cours de conflits armés ou d'autres situations de danger public exceptionnel. Il s'agit là d'une norme impérative de droit international général, garantie par les traités internationaux et régionaux, le droit international coutumier et les systèmes juridiques nationaux⁶⁴ ;

b) l'interdiction des disparitions forcées ; Il existe une longue histoire juridique d'interdiction absolue des disparitions forcées, fondée sur des traités⁶⁵, et d'imposition aux États d'obligations détaillées de prévenir et de réprimer de telles violations ;

c) l'interdiction de profaner les morts. En plus de reconnaître le droit au traitement respectueux et, dans la mesure du possible, personnalisé des dépouilles qui est mis en évidence ci-après⁶⁶, le droit international interdit de dépouiller les morts ou de mutiler les cadavres⁶⁷. Les « atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants », qui comprennent le traitement dégradant des morts⁶⁸, sont reconnues comme un crime de guerre dans les conflits armés et une violation des droits de l'homme, y compris une violation des droits de la personnalité et du droit de la famille du défunt.

53. Les violations de ces obligations peuvent être qualifiées de crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes internationaux et autres infractions internationales ou en être un élément constitutif.

⁶³ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Série C n° 101, (25 novembre 2003), par. 274. Voir [CCPR/C/OP/2](#) (1990), p. 138, par. 14 ; [CCPR/C/107/D/1806/2008](#) (2013), paragraphe 8.8 ; A. Sweeney, « The elusive right to truth in transitional human rights jurisprudence », p. 360 à 362 ; M. Klinkner et H. Davis, « The Right to the Truth in International Law: Victims' Rights in Human Rights and International Criminal Law » (Routledge, 2020).

⁶⁴ *Protocole du Minnesota relatif aux enquêtes sur les décès résultant potentiellement d'actes illégaux* (2016), version révisée.

⁶⁵ Voir www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/EnforcedDisappearance.aspx.

⁶⁶ Première Convention de Genève, par. 17 (3) ; troisième Convention de Genève, par. 120 (4) ; quatrième Convention de Genève, par. 130 (1).

⁶⁷ CICR, Droit international humanitaire coutumier, règle 113. (https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule113). Voir également les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et le Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), art. 8.

⁶⁸ Première à quatrième Conventions de Genève, par. 3 (1) ; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), par. 4(1) *et al.* 4(2) b).

3. Obligations tendant au traitement respectueux et conforme au droit des fosses communes

54. Obligation d'enquêter. Les États ont l'obligation procédurale et morale d'enquêter sur les décès suspects ou résultant d'actes illégaux, qu'ils soient le fait d'acteurs étatiques, de particuliers ou d'inconnus et nonobstant l'existence ou l'absence de preuves d'un acte répréhensible nécessitant une enquête et des poursuites en droit pénal. L'enquête n'est pas subordonnée au dépôt par le plus proche parent d'une plainte ou d'une demande officielle, mais doit être lancée automatiquement (A/HRC/41/CRP.1, paragraphe 260). Cette obligation d'enquêter s'étend à toutes les parties à un conflit auquel s'applique le droit international humanitaire, l'accent étant mis sur les violations graves des Conventions de Genève⁶⁹.

55. Obligation de rechercher et d'identifier les morts et les personnes disparues. Le droit international impose à tous les États (et à toutes les parties à un conflit) de rechercher et d'identifier les personnes disparues ou portées disparues, de restituer leurs restes, ainsi que leurs effets personnels, à leur famille le cas échéant, ou de permettre à celles-ci d'accéder au lieu d'inhumation⁷⁰. Ces droits sont reconnus en période de conflit armé et de situation de violence interne⁷¹, en temps de paix⁷² et dans les situations consécutives à une catastrophe⁷³. Les bonnes pratiques en matière d'enquête sur les disparitions⁷⁴ et de recherche efficace des personnes disparues⁷⁵ ont été consolidées sous forme de principes et de directives. Ces recherches ne se limitent pas à des fouilles en vue de localiser matériellement les restes, mais comprennent l'interrogation de témoins et l'étude de documents en vue d'élucider leur sort⁷⁶.

56. Obligations de respecter les droits religieux et culturels (A/HRC/31/59, paragraphe 21). Le strict respect et l'entière protection des lieux saints, lieux de culte, sanctuaires et symboles religieux doivent être assurés et des mesures supplémentaires doivent être prises là où ceux-ci risquent d'être profanés ou détruits (résolution 6/37 du Conseil des droits de l'homme). Les morts doivent être enterrés selon les rites de la religion à laquelle ils appartenaient, si les circonstances le permettent sous le régime du droit international humanitaire⁷⁷, et en tout temps autrement⁷⁸. Les États doivent veiller à ce que toutes les personnes aient le droit, sans discrimination, d'avoir accès, de participer et de contribuer au patrimoine culturel, qui englobe à la fois l'histoire et la mémoire, et d'en bénéficier (E/C.12/GC/21)⁷⁹. Ce patrimoine renvoie

⁶⁹ Voir www.icrc.org/en/document/guidelines-investigating-violations-ihl-law-policy-and-good-practice.

⁷⁰ CICR, Droit international humanitaire coutumier, règle 114. Consultable à l'adresse : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule114.

⁷¹ Voir CICR, « Les personnes disparues et leurs familles : Résumé des conclusions des événements préliminaires à la Conférence internationale d'experts gouvernementaux et non gouvernementaux (19 à 21 février 2003) » (2003). Consultable à l'adresse : https://www.icrc.org/fr/doc/assets/files/other/icrc_themissing_012003_fr_10.pdf.

⁷² Voir CED/C/7.

⁷³ A/72/335, par. 67 ; voir www.who.int/hac/techguidance/management_of_dead_bodies.pdf ; voir www.cmu.edu/dietrich/ehpp/documents/2011-Recovery-and-Identification-of-the-Missing-after-Disaster.pdf.

⁷⁴ Voir résolution 60/147 de l'Assemblée générale ; E/CN.4/2005/102/Add.1 ; Protocole du Minnesota relatif aux enquêtes sur les décès résultant potentiellement d'actes illégaux (2016), version révisée.

⁷⁵ Voir CED/C/7.

⁷⁶ CED/C/7, principe 11 ; A. Petrig, « Les morts de la guerre et leurs sépultures », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 91, n° 874 (juin 2009), p. 346.

⁷⁷ Première Convention de Genève, par. 17 (3) ; troisième Convention de Genève, par. 120 (4) ; quatrième Convention de Genève, par. 130 (1).

⁷⁸ CED/C/7, principe 1, par. 4.

⁷⁹ Voir, par exemple, A/HRC/25/49, par. 48.

également « au côté plus sombre de l'humanité, dont le souvenir doit aussi être transmis aux générations suivantes » (A/HRC/17/38, paragraphe 8). Il faut également respecter la liberté des personnes de contribuer ou non à la création de la culture, y compris en contestant les normes et valeurs dominantes des communautés auxquelles elles appartiennent ainsi que celles d'autres communautés (ibid., paragraphe 10).

57. Obligations relatives aux restes humains. En vertu des Conventions de Genève, l'inhumation des morts doit être « faite individuellement dans toute la mesure où les circonstances le permettront »⁸⁰, un principe qui se retrouve également dans la jurisprudence⁸¹. En droit international coutumier, « les morts doivent être inhumés de manière respectueuse, et leurs tombes doivent être respectées et dûment entretenues »⁸². Des principes similaires s'appliquent en vertu du droit international des droits de l'homme : « il s'agit des restes d'une personne décédée et non d'objets »⁷⁸. Les tombes doivent en tout temps être respectées, entretenues et marquées de façon à pouvoir toujours être retrouvées. Ces obligations s'appliquent également aux fosses communes : « Si "d'autres lieux où se trouvent les restes" de ces personnes sont mentionnés, à côté des tombes, c'est pour tenir compte de toutes les éventualités, licites ou non, notamment de l'incinération, des fosses communes, voire des charniers résultant d'atrocités commises au cours des hostilités. »⁸³.

58. Obligations relatives aux familles des victimes. Les États doivent permettre aux familles de participer aux enquêtes sur les décès résultant d'actes illégaux et faire en sorte qu'elles obtiennent des informations sur les circonstances de la disparition du défunt, le lieu où se trouve le corps et l'état de la dépouille ainsi que, pour autant qu'elles aient été établies, la cause et le type du décès⁸⁴. La Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées dispose expressément que les membres de la famille des victimes ont « le droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée, le déroulement et les résultats de l'enquête et le sort de la personne disparue »⁸⁵. Ce droit englobe le droit à un accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité, à réparation adéquate, effective et rapide, à la reconnaissance du statut de la victime devant la loi⁸⁶ et à l'accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes d'établissement des responsabilités (A/HRC/41/CRP.1, par. 267).

59. Obligation de non-répétition et de prévention. Le traitement respectueux et conforme au droit des fosses communes est un aspect important des obligations des États en matière de non-répétition et de droits des victimes à réparation, qui ont tous

⁸⁰ La doctrine militaire autorise les inhumations collectives lorsque les conditions ne permettent pas les sépultures individuelles ou l'évacuation à des fins d'inhumation dans un cimetière.

⁸¹ CICR, base de données sur le droit international humanitaire coutumier, pratique relative à la règle 115, section D. Consultable à l'adresse : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v2_rul_rule115_sectiond.

⁸² Ibid., règle 115. Consultable à l'adresse : https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule115.

⁸³ Commentaire sur les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, 8 juin 1977, p. 370, par. 1314 ; A. Petrig, « Les morts de la guerre et leurs sépultures », p. 344.

⁸⁴ Voir *Protocole du Minnesota relatif aux enquêtes sur les décès résultant potentiellement d'actes illégaux* (2016), version révisée.

⁸⁵ Voir Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, par. 24 2).

⁸⁶ Le paragraphe 6 de l'article 24 de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées oblige les États parties à prendre les dispositions appropriées concernant la situation légale des personnes disparues dont le sort n'est pas élucidé et de leurs proches, notamment dans des domaines tels que la protection sociale, les questions financières, le droit de la famille et les droits de propriété ; A/HRC/19/58/Rev.1 (2012), par. 42.

deux fait l'objet de longs développements dans les normes pertinentes (A/HRC/25/49, par. 25 à 48 ; A/HRC/45/45, par. 25 à 31 ; résolution 60/147 de l'Assemblée générale).

60. Dans la partie II, des exemples de commémoration des fosses communes ont été donnés et les questions complexes qui se posent ont été cernées. Cependant, « sans mémoire, il ne peut y avoir ni droit à la vérité, à la justice et aux réparations, ni garanties de non-répétition. C'est en ce sens que les processus de mémorialisation des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire constituent le cinquième pilier de la justice transitionnelle » (A/HRC/45/45, paragraphe 21).

B. Obligation absolue de respecter, de protéger et de préserver les fosses communes

61. En aucun cas, l'existence de fosses communes ne doit être niée ou dissimulée. Les sites ne doivent pas être endommagés ou détruits, et les personnes qui recherchent des fosses communes ou abordent cette question ne doivent pas être emprisonnées, menacées ou réduites au silence. Agir ainsi viendrait enfreindre plusieurs principes des droits humains, notamment l'interdiction des disparitions forcées, l'obligation d'enquêter sur les exécutions extrajudiciaires et le droit à la vérité, et aboutirait à supprimer ou anéantir l'identité individuelle et l'identité collective culturelle, raciale, ethnique, religieuse, politique ou autre des défunts.

62. Les États et les parties au conflit doivent veiller à ce que les fosses communes soient préservées et protégées jusqu'à ce que, à l'issue de consultations inclusives, des décisions soient prises quant au sort à leur réserver. Lorsqu'une fosse commune est signalée ou découverte, le risque est grand qu'elle soit endommagée, soit intentionnellement par des acteurs étatiques ou non étatiques cherchant à faire disparaître toute trace pouvant mener à eux, soit involontairement par des membres de famille qui souhaitent récupérer les dépouilles de leurs proches. Les dommages occasionnés font qu'il est parfois impossible de donner effet aux droits et obligations énumérés ci-dessus. Les États doivent donc prendre immédiatement toutes les mesures nécessaires pour protéger les lieux d'inhumation collective contre l'érosion, la destruction, l'altération volontaire et le pillage⁸⁷.

63. Les États, les parties au conflit et les acteurs internationaux présents dans un pays ou une région doivent signaler l'emplacement de toutes les fosses communes dont ils ont connaissance et chercher activement à en découvrir de nouvelles, y compris celles pouvant avoir été dégradées ou dissimulées. Il convient également de permettre aux particuliers de signaler en toute sécurité et confidentialité l'existence et l'emplacement de tel sites⁸⁸.

64. Les technologies numériques contribuent de plus en plus souvent à la découverte et à la préservation des fosses communes, notamment l'imagerie satellitaire, la photogrammétrie aérienne par drone, la détection et la localisation par la lumière,

⁸⁷ La création en Iraq d'une Direction des fosses communes, chargée de protéger, de rechercher et de fouiller les fosses communes et de mener les enquêtes y afférentes, en coordination avec les autorités compétentes, constituait de prime abord un exemple intéressant (voir www.icmp.int/wp-content/uploads/2006/01/The-first-amendments-mass-graves-protection-legislation-number.pdf). Dans la pratique, le manque de ressources a paralysé l'initiative. Les experts de l'Institut médico-légal ont calculé qu'il leur faudrait plus de 800 ans pour mener à bien leurs travaux. Voir également A/HRC/38/44/Add.1.

⁸⁸ La Commission internationale pour les personnes disparues a mis en ligne sur son site un formulaire permettant de signaler en toute confidentialité l'emplacement d'éventuelles fosses communes (voir https://oic.icmp.int/index.php?w=rep_grave&l=en).

l'analyse géospatiale et l'imagerie thermique⁸⁹. La plupart du temps, on utilise ces technologies pour localiser les tombes et, parfois, les dater. Grâce à elles, la découverte des sites peut rester secrète, ce qui permet d'éviter qu'ils ne soient dégradés⁹⁰. Les experts qui font usage de ces outils doivent veiller à ce qu'aucune information personnelle ne soit divulguée et à ce que les informations recueillies puissent être admissibles en justice si nécessaire. De nouvelles applications prometteuses, comme eyeWitness, permettent aux personnes sur place de recueillir des éléments de preuve d'une façon à garantir leur provenance et à protéger la chaîne de possession.

65. Des normes techniques permettraient de renforcer la protection et la préservation des fosses communes. L'Université de Bournemouth s'emploie à cet égard à établir des lignes directrices sur la protection des fosses communes et les enquêtes y relatives, une initiative dont il faut se féliciter⁹¹.

1. La fosse commune comme personne morale ou entité juridique

66. La Rapporteuse spéciale a également examiné si les initiatives récentes ayant conduit à octroyer des droits à la nature, aux fleuves et aux forêts pouvaient servir de modèle à une gestion respectueuse et régie par le droit des fosses communes. En Nouvelle-Zélande, le parc de Te Urewera est passé du statut de parc national sous propriété de l'État à celui d'entité privée (*freehold land*) n'appartenant qu'à elle-même, statut qui a été conféré plus tard au fleuve Whanganui. Il s'agissait de donner corps à la représentation du monde des Maoris, en particulier à l'idée selon laquelle les éléments naturels sont dotés d'une force vitale intrinsèque⁹². D'autres pays se sont engagés dans cette voie⁹³.

67. Cette approche pourrait ne pas convenir aux fosses communes. À la différence des rivières et des forêts, qui existent indépendamment de l'homme, les fosses communes sont une pure création humaine ; l'homme n'y est pas un élément périphérique mais y tient une place centrale. Par conséquent, à ce stade, la Rapporteuse spéciale ne pense pas qu'il faille accorder la personnalité juridique aux fosses communes.

68. En revanche, sur le plan administratif, elle recommande la création d'entités juridiques qui seraient chargées de la préservation d'une ou de plusieurs fosses communes ; elles les représentaient en justice, s'emploieraient à gérer les demandes divergentes des parties prenantes et veilleraient à la bonne exécution des obligations imposées par l'État. En vue d'améliorer la protection et la gestion des sites, un(e)

⁸⁹ Voir, par exemple, D. Abate *et al.*, « Optimizing search strategies in mass grave location through the combination of digital technologies », *Forensic Science International*, Synergy, 2019, p. 95 à 107 ; D. Congram *et al.*, « Grave mapping in support of the search for missing persons in conflict contexts », *Forensic Science International*, 2017, n° 278, p. 26 à 268.

⁹⁰ Voir www.icmp.int/press-releases/icmp-finds-improved-methods-for-locating-mass-graves/.

⁹¹ Melanie Klinkner et Ellie Smith, « Mass grave protection and investigation guidelines » (à paraître). Voir www.bournemouth.ac.uk/research/projects/mass-grave-protection-truth-justice.

⁹² G. Gordon, « Environmental personhood », *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 43, n° 1, 2018, p. 51-56.

⁹³ En 2008, l'Équateur a adopté une nouvelle constitution qui est venue consacrer les droits de la nature, laquelle « a le droit d'exister, de subsister, d'être préservée et de régénérer ses cycles de vie, sa structure, ses fonctions et ses mécanismes en évolution » (G. Gordon, « *Environmental personhood* », p. 53 à 54). L'État plurinationnel de Bolivie reconnaît l'« intérêt public collectif » incarné dans la Terre mère (ibid., p. 54-55). Comme en Nouvelle-Zélande, cette reconnaissance des droits de la nature va de pair avec une meilleure reconnaissance des droits des populations autochtones. Par ailleurs, tous les fleuves du Bangladesh et deux fleuves de l'Inde se sont vu accorder le statut juridique d'entités vivantes.

administrateur(trice) de la fosse commune pourrait être nommé(e), ou, en cas d'enquête, un(e) administrateur(trice) de la scène de crime.

69. Parfois, les populations locales ou les familles des personnes qui y sont ensevelies attribuent au site lui-même, compte tenu des événements qui lui sont liés et de ce qu'il renferme, une force de vie ou une essence spirituelle. Dans ce cas, en concertation avec toutes les parties prenantes, en particulier les familles et la population locale, il peut être envisagé d'accorder un statut juridique particulier à la fosse commune, ce qui serait une façon de rendre hommage aux morts et d'honorer la force de vie du site lui-même.

2. Inscrire la protection des fosses communes dans les traités de paix et les processus de justice transitionnelle

70. Dans de nombreux pays, les commissions de vérité et réconciliation ont préconisé la construction de mémoriaux dédiés aux violations massives des droits humains (A/HRC/25/59, par. 39 à 44), tandis que, dans certains traités de paix, on trouve des dispositions sur les sépultures⁹⁴. Des accords bilatéraux organisent l'entretien des cimetières militaires ou prévoient des mécanismes visant à élucider le sort des personnes portées disparues⁹⁵. La Rapporteuse spéciale recommande, à des fins de justice transformationnelle, que la préservation, la protection et une gestion respectueuse et régie par le droit des fosses communes soient prises en compte dans toutes les initiatives de vérité et de réconciliation et figurent dans tous les traités de paix.

3. Préserver les fosses communes à titre de patrimoine de l'humanité

71. On s'intéressera ici aux sites du patrimoine de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), dont l'objet est de préserver les biens les plus précieux de l'humanité⁹⁶. L'UNESCO a fait entrer dans cette catégorie des lieux d'inhumation collective comme Auschwitz-Birkenau, une telle inscription entraînant des obligations et conférant une certaine autorité⁹⁷. Le Rwanda a quant à lui proposé que quatre sites commémoratifs du génocide soient inscrits sur la Liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, une demande qui a l'appui de la Rapporteuse spéciale.

72. Une telle reconnaissance permet non seulement de manifester de la compassion face à la profonde douleur des familles, mais aussi, sur un plan collectif, de lutter contre l'oubli et la récurrence et d'œuvrer à la prévention. La Rapporteuse spéciale estime que la transformation des charniers en lieux de souvenir des personnes qui y sont enterrées relève d'une démarche générale visant à préserver et à transmettre une histoire non plus seulement « faite par les vainqueurs » mais également « centrée sur les victimes ». Les fosses communes, indépendamment de leur contexte historique ou autre, ont une importance exceptionnelle qui transcende les frontières et les générations⁹⁸. Par conséquent, il faudrait à tout le moins en dresser la liste et en faire la carte dans un cadre international et selon une procédure organisée⁹⁹.

⁹⁴ Traité de Versailles, 28 juin 1919, art. 225 et 226.

⁹⁵ CICR, « The missing: action to resolve the problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families – Study of existing mechanisms to clarify the fate of missing people », 2003, sect. V.3. (www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc_themissing_012003_en_9.pdf).

⁹⁶ Voir www.sitesofconscience.org/en/home/.

⁹⁷ Voir <https://whc.unesco.org/fr/list/31/>.

⁹⁸ Orientations devant guider la mise en œuvre de la Convention du patrimoine mondial, 2019, par. 49.

⁹⁹ En s'inspirant par exemple de la carte des personnes portées disparues établie par la Commission internationale pour les personnes disparues (voir www.icmp.int/the-missing/where-are-the-

73. L'Assemblée générale a désigné le 24 mars comme Journée internationale pour le droit à la vérité en ce qui concerne les violations flagrantes des droits de l'homme et pour la dignité des victimes. On pourrait tirer parti de cette journée de commémoration ou d'autres initiatives du même type pour inciter les États à reconnaître les fosses communes et à agir énergiquement en faveur de leur protection et de leur entretien.

4. Concilier les droits et les intérêts des différentes parties prenantes et assurer leur pleine participation

74. La Rapporteuse spéciale exhorte les responsables chargés d'administrer les fosses communes à privilégier une approche inclusive et à ouvrir des espaces de discussion aux parties concernées de façon que des représentations plus complètes du passé et de la signification attachée aux sites se fassent jour. Une telle approche est précieuse : elle permet non seulement d'atteindre les objectifs fixés mais constitue en elle-même un objectif. Elle suppose de savoir comprendre et gérer les tensions – débats, contradictions ou même conflits – qui existent entre et parmi les familles et les survivants, ainsi qu'avec les autorités et les organisations internationales. On pourra s'inspirer à cette fin des nombreuses expériences antérieures ayant visé à instaurer un équilibre des droits.

75. Le principe du « consentement préalable, libre et éclairé » peut trouver à s'appliquer aux populations qui entendent participer activement aux décisions concernant les fosses communes. Selon ce principe établi à l'origine pour protéger les droits des populations autochtones¹⁰⁰, il convient non seulement d'informer et d'obtenir le consentement des populations concernées, mais aussi d'assurer leur participation effective et véritable à la prise de décision. Il n'existe pas de formule unique qui pourrait s'appliquer à l'identique à tous les groupes humains confrontés à la terrible réalité des fosses communes. Au contraire, il faut s'attacher à comprendre les facteurs politiques, économiques, sociaux, environnementaux et spirituels propres à chacun d'eux¹⁰¹. Il est peu probable que le sort réservé à tel site convienne à tel autre, et la façon dont est géré un site peut évoluer au fil du temps.

76. Il importe de ne pas tenir pour acquis le consentement des groupes concernés et de leur donner réellement la possibilité d'orienter selon leurs vœux les décisions devant être prises¹⁰². Lorsqu'on détermine l'avenir d'un site, il faut tenir compte des significations symboliques, culturelles et religieuses qui lui sont attachés. Les responsables religieux et culturels des groupes concernés doivent être consultés.

77. Pour la dignité des personnes directement concernées et par respect pour les personnes tuées ou disparues, on ne devrait décider des modalités de commémoration et, le cas échéant, d'exposition au public des restes humains qu'une fois que toutes les parties prenantes ont fait entendre leur voix. C'est dans le cadre de consultations avec ces parties prenantes qu'il faut définir et arrêter les principes qui viendront régir l'administration et la garde du site et des dépouilles, dans l'immédiat et à l'avenir, priorité devant être donnée aux activités quotidiennes de préservation. Il faut notamment faire une place au respect dû aux morts, prendre en compte la nécessité d'individualiser les victimes, par égard pour leurs proches, notamment lorsque

missing/).

¹⁰⁰ Voir la Convention de 1989 relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169) et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, art. 10, 11 2), 19, 28, 29 2), 30 2) et 32 2).

¹⁰¹ Voir www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/free-prior-and-informed-consent-protecting-indigenous.

¹⁰² Sur la nécessité de gagner la confiance des familles, voir S. E. Wagner, *To Know Where He Lies; DNA Technology and the Search for Srebrenica's Missing*, University of California Press, 2008, p. 159 à 165.

l'identification des corps n'a pas été possible, et traiter la question du souvenir. Il convient également de rendre compte de la manière dont les événements ayant conduit au charnier et le site lui-même continuent d'influer sur la vie quotidienne du groupe.

78. La Rapporteuse spéciale met en garde contre toute tentative de sacraliser l'histoire. Il ne faut pas chercher en effet à graver dans la roche une lecture idéalisée de l'histoire, dès lors en particulier que l'invocation des défunts vise à améliorer la vie présente et que l'histoire – notamment quand elle se veut globale – n'ambitionne pas uniquement de consigner les faits du passé mais aussi de permettre un avenir meilleur – plus juste, moins violent et plus humain.

79. Au contraire, il faut viser à réunir les conditions pour que s'engage dans la société un débat sur les causes, les responsabilités directes et indirectes et les conséquences des crimes du passé, afin qu'il soit possible de dépasser des lectures de l'histoire foncièrement différentes et inconciliables et d'expliquer le passé violent sans le justifier, de façon à atténuer les tensions existantes et à permettre à la société de vivre plus pacifiquement en dépit des divisions héritées de l'histoire (A/HRC/45/45, par. 36-37).

5. Apporter un soutien aux activités médico-légales locales

80. En droit international, l'exhumation des fosses communes, les enquêtes y afférentes et la recherche des morts et des personnes portées disparues incombent au premier chef à l'État et à toutes les parties au conflit. En droit international humanitaire, dès lors que l'État n'agit pas, les organisations internationales doivent intervenir¹⁰³. Les civils peuvent contribuer aux activités de recherche et d'enlèvement des morts, sans que cela ne libère l'État de ses obligations à cet égard¹⁰⁴. En matière de gestion des catastrophes, les manuels relatifs aux secours d'urgence soulignent le rôle important que jouent les habitants formés aux secours, lorsque les ressources professionnelles font défaut¹⁰⁵, et définissent les procédures de base que les non-spécialistes doivent appliquer pour préserver les éléments de preuve et prendre en charge correctement les dépouilles en l'absence d'experts de médecine légale¹⁰⁶.

81. Bien que les procédures susmentionnées ne sauraient convenir à une enquête médico-légale complète des crimes liés à un charnier, elles pourraient servir de modèle pour l'élaboration de mesures de base que les habitants du lieu seraient invités à appliquer, avec de l'aide, lorsqu'ils récupèrent les dépouilles de leurs proches, tout du moins dans les cas où il serait quasiment impossible de procéder à l'analyse médico-légale exhaustive du charnier ou qu'il serait peu probable qu'une telle analyse

¹⁰³ CICR, Droit international humanitaire coutumier, règle 112 (voir https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/fre/docs/v1_rul_rule112).

¹⁰⁴ Ibid., règle 112, « Interprétation ».

¹⁰⁵ Par exemple, CICR, *Gestion des dépouilles mortelles lors de catastrophes. Manuel pratique à l'usage des premiers intervenants*; Organisation internationale de police criminelle, *Guide sur l'identification des victimes de catastrophes*; Organisation panaméricaine de la santé et Organisation mondiale de la Santé, *Management of Dead Bodies in Disaster Situations* (Disaster Manuals and Guidelines Series, n° 5).

¹⁰⁶ Il est indiqué, dans le manuel pratique du CICR, que « [a]près une catastrophe, surtout de grande ampleur, ce sont la plupart du temps [...] les habitants et les volontaires locaux qui procèdent à la récupération et à la prise en charge immédiate des corps des victimes. Il arrive en effet que les experts forensiques mettent plusieurs jours, voire plus, pour arriver sur les lieux ; et dans certains contextes, il n'y en a tout simplement pas ». (*Gestion des dépouilles mortelles lors de catastrophes. Manuel pratique à l'usage des premiers intervenants*, introduction). Le manuel est destiné justement aux intervenants dénués de toute formation médico-légale et vise à leur permettre de préserver les éléments de preuve jusqu'à l'arrivée des experts (ibid., p. 1). En raison du manque de capacités forensiques, les familles « doivent recevoir des informations réalistes sur le processus » (ibid., p. 29).

ait lieu du vivant des familles survivantes. Une telle activité, si elle était envisagée, pourrait être supervisée par l'administrateur(trice) de la fosse commune.

V. Conclusion

82. Au moment de l'établissement du présent rapport, le monde retentissait des demandes de justice émanant des personnes d'ascendance africaine et des peuples autochtones, ainsi que de toutes celles et ceux qui, partout sur la planète et depuis bien longtemps, sont la cible d'exécutions arbitraires ou font l'objet de violations de leurs droits fondamentaux et d'injustices structurelles. Notre histoire est marquée par des massacres, dont souvent les auteurs sont non seulement impunis mais continuent, eux ou leurs descendants, de tenir les rênes du pouvoir, tandis que des statues se dressent en leur mémoire devant les palais de justice et les bâtiments officiels et dans les jardins publics. Quel contraste avec l'état dans lequel se trouvent les fosses communes témoignant de ces massacres, anciens ou récents, et dont des milliers sont laissées à découvert, sans protection et sans personne pour les entretenir, quand elles ne sont pas détruites ou profanées !

83. Comme il est souligné dans le rapport, nous savons que, par une action adaptée et ancrée dans les droits humains, il est possible de transformer des lieux de souffrance, de tuerie et de mort collectives en des lieux de grande dignité, de respect et de compréhension mutuelle. Malgré cela, dans la façon dont nous envisageons les charniers et dans le sort que nous leur réservons, nous faisons trop peu de place au respect et à la légalité, et notre action est trop souvent inadaptée, discriminatoire ou, tout simplement, indifférente. Nous pouvons, et nous devons, faire plus et faire mieux.

84. L'existence dans le monde de nombreux charniers, le grand nombre de personnes qui y sont inhumées, les divers intérêts et préoccupations des familles, des survivants, des populations locales et de la société dans son ensemble, le manque de capacités médico-légales – tous ces éléments plaident en faveur d'un renforcement du régime des droits humains applicable aux charniers, aux dépouilles, aux familles, aux survivants, aux populations et aux nations concernés et à notre humanité commune – aujourd'hui, demain et à travers les âges.

85. L'objet du présent rapport était de placer ces questions au cœur des travaux internationaux touchant les droits humains, l'aide humanitaire et la gestion des conflits et de l'après-conflit. Il propose une armature juridique, fondée sur les droits humains, aux fins d'une gestion respectueuse et régie par le droit des fosses communes, tout en soulignant qu'y sont impliqués une multitude de droits et d'obligations, qu'il faudra sans doute concilier.

VI. Recommandations

86. **La Rapporteuse spéciale recommande que les États Membres :**
a) s'appuient sur l'armature juridique proposée dans le présent rapport et aident les parties prenantes à définir des normes et des meilleures pratiques aux fins d'une gestion respectueuse et régie par le droit des fosses communes ;
b) veillent à ce que la question des fosses communes, envisagée sous le prisme des droits humains, soit prise en compte dans les activités de justice transitionnelle et de rétablissement de la paix et que des ressources suffisantes lui soient allouées.

87. **On trouvera ci-après certains des principes directifs définis dans le présent rapport.**

88. Les États, les parties à un conflit ou les acteurs humanitaires doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour localiser, signaler, protéger et préserver tous les sites de fosses communes. Il est strictement interdit de dissimuler, d'endommager ou de détruire des fosses communes, et les personnes qui cherchent à découvrir des fosses communes ne doivent pas être inquiétées. De tels actes viendraient porter atteinte au droit des familles et de la société à connaître la vérité sur les circonstances ayant conduit à l'existence des charniers, y compris les exécutions, les disparitions forcées ou les manquements à l'obligation de protéger.

89. Les États devraient régir dans leur droit la gestion des fosses communes, y compris en ce qui concerne leur caractérisation, leur préservation et les enquêtes y afférentes, aux fins des générations présentes et futures. Ils pourraient notamment créer à cette fin une entité juridique ou une entité administrante habilitée à agir en justice, qui serait composée de représentants de l'État, des autorités locales, des familles et des populations concernées, ainsi éventuellement que de représentants des organismes des Nations Unies.

90. Une gestion des fosses communes respectueuse et régie par le droit doit s'entendre à la fois sur le plan procédural, par la création des conditions permettant aux personnes concernées d'exprimer leurs besoins et leurs demandes, et sur le fond, par la recherche d'un équilibre compte tenu des divergences, des conflits et des tensions. Elle suppose la participation active et véritable des familles des victimes et des populations sur les terres desquelles se trouvent les charniers et pourrait éventuellement se fonder sur des principes comme celui du « consentement préalable, libre et éclairé ».

91. Une place centrale doit être faite à l'obligation qu'ont les États et d'autres parties d'enquêter sur les multiples infractions liées aux charniers, y compris les exécutions arbitraires et les disparitions. Jusqu'à présent, l'approche retenue sous le régime des droits humains visait principalement à l'exhumation et à l'identification des dépouilles. Une telle approche, bien que compréhensible, est sans doute trop étroite. La justice rétributive peut être formellement rendue en l'absence d'exhumation, mais la justice réparatrice exige la prise en compte de nombreuses autres considérations et l'adoption de nombreuses autres mesures, notamment en ce qui concerne le devoir de mémoire.

92. Toutes les collectivités humaines ont adopté des rituels et des pratiques visant à apporter un peu d'ordre, de prévisibilité et de réconfort face au chaos engendré par le deuil et la perte, en particulier quand la mort résulte de violences ou que sa cause est occultée ou niée. Nombre de ces coutumes et rituels se sont établis alors même que se développaient les droits humains comme la liberté de religion, de croyance ou d'expression. Toutes ces normes doivent être prises en considération et conciliées, compte tenu également des grands principes des droits humains comme le principe de non-discrimination, à chaque fois qu'il s'agit de prendre des décisions concernant des fosses communes.