



Assemblée générale

Distr.
GENERALE

A/CN.4/477/Add.1
13 juin 1996

Original : FRANCAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Quarante-huitième session
Genève, 6 mai - 26 juillet 1996

DEUXIEME RAPPORT SUR LES RESERVES AUX TRAITES

de M. Alain PELLET, Rapporteur spécial

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
<u>Chapitre II</u> UNITE OU DIVERSITE DU REGIME JURIDIQUE DES RESERVES AUX TRAITES ? (Les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme)	55 - 260	4
a) <i>Nécessité et urgence de l'examen de la question par la Commission</i>	56 - 63	4
b) <i>Objet et plan du chapitre</i>	64 - 69	8
 Section 1. <u>Diversité des traités et régime juridique des réserves</u>	 70 - 88	 10
a) <i>Restriction de l'étude aux traités normatifs</i>	70 - 76	10
b) <i>Traités normatifs et dispositions normatives</i>	77 - 88	12
 Section 2. <u>L'unité des règles de fond applicables aux réserves</u>	 89 - 163	 17
Paragraphe 1. <u>Les fonctions du régime juridique des réserves</u>	90 - 98	17
Paragraphe 2. <u>Un régime conçu pour être d'application générale</u>	99 - 111	20

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Paragraphe 3. <u>Le régime juridique des réserves est généralement applicable</u>	112 - 162	26
A. <u>Un débat sans conclusion possible : l'opportunité d'admettre des réserves aux traités normatifs</u>	114 - 125	26
B. <u>L'adaptation du « régime de Vienne » aux particularités des traités multilatéraux normatifs</u>	126 - 162	33
a) <i>La souplesse et l'adaptabilité du « régime de Vienne »</i>	129 - 135	34
b) <i>Le « régime de Vienne » est adapté aux particularités des traités normatifs</i>	136 - 162	36
i) Les problèmes liés à l' « intégrité » des traités normatifs	137 - 147	36
ii) Les problèmes tenant à la « non-réciprocité » des engagements	148 - 158	40
iii) Les problèmes relatifs à l'égalité entre les Parties	159 - 162	44
<u>Conclusion de la section 2 : Le « régime de Vienne » est généralement applicable</u>	163	46
Section 3. <u>La mise en oeuvre du régime général des réserves (l'application du « régime de Vienne » aux traités de droits de l'homme)</u>	164 - 252	47
Paragraphe 1. <u>Le critère fondamental de l'objet et du but du traité</u>	165 - 176	47
Paragraphe 2. <u>Les mécanismes de contrôle de l'application du régime des réserves</u>	177 - 251	54
A. <u>L'appréciation de la licéité des réserves par les organes de surveillance</u>	179 - 215	56
a) <i>Le rôle des mécanismes traditionnels</i>	180 - 192	56
b) <i>Le rôle des organes de surveillance des traités de droits de l'homme</i>	193 - 210	61
i) L'évolution de la pratique suivie par les organes de surveillance	194 - 201	62
ii) Les fondements du contrôle exercé par les organes de surveillance	202 - 210	67

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
c) <i>La combinaison des différents modes de contrôle de la licéité des réserves</i>	211 - 215	70
B. <u>Les conséquences des constatations faites par les organes de contrôle</u>	216 - 251	74
a) <i>Les droits et les devoirs de l'organe de contrôle . .</i>	218 - 230	74
b) <i>Les droits et les devoirs de l'Etat réservataire . .</i>	231 - 251	79
i) <i>La force contraignante des constatations de l'organe de contrôle</i>	234 - 240	80
ii) <i>Les réactions attendues de l'Etat réservataire</i>	241 - 251	82
<u>Conclusion de la section 3</u> : <i>La coexistence des mécanismes de contrôle</i>	252	86
<u>Conclusions du chapitre</u> <i>Projet de résolution de la Commission du droit international sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris aux traités de droits de l'homme</i>	253 - 260	87

ANNEXE 1 - BIBLIOGRAPHIE concernant les réserves aux traités

QUESTIONNAIRE établi par le Rapporteur spécial sur la question des réserves aux traités conformément aux dispositions du paragraphe 493 du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session, adressé aux Etats membres des Nations Unies ou d'une institution spécialisée ou Parties au Statut de la Cour internationale de Justice (ILC(XLVIII)/CRD.1).

QUESTIONNAIRE établi par le Rapporteur spécial sur la question des réserves aux traités conformément aux dispositions du paragraphe 493 du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-septième session, adressé aux organisations internationales (sera publié ultérieurement).

Chapitre II

UNITE OU DIVERSITE DU REGIME JURIDIQUE DES RESERVES AUX TRAITES ? (Les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme)

55. Le présent chapitre correspond au point I du schéma général proposé à titre provisoire dans le chapitre I ci-dessus 78/. Il a pour objet de déterminer si les règles applicables en matière de réserves aux traités, qu'elles soient codifiées par les articles 19 à 23 des Conventions de 1969 et 1986 ou qu'elles soient de nature coutumière, sont applicables à tous les traités, quel que soit leur objet, et, en particulier aux traités relatifs aux droits de l'homme.

a) *Nécessité et urgence de l'examen de la question par la Commission*

56. Comme cela est rappelé ci-dessus, la question a été évoquée avec une certaine insistance tant durant les débats de la Commission lors de sa quarante-septième session qu'au cours des discussions de la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa cinquantième session 79/. Ces préoccupations sont aisées à comprendre.

57. Elles ont, à n'en pas douter, leur origine dans les initiatives prises récemment en matière de réserves par certains organes de contrôle institués par des traités relatifs aux droits de l'homme, qui, depuis ces toute dernières années, se considèrent en droit d'apprécier la licéité des réserves formulées par les Etats aux instruments qui les instituent et, le cas échéant, de tirer de ces constatations des conséquences de grande portée.

58. Ce mouvement a son origine dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l'homme qui, dans plusieurs décisions retentissantes, ont constaté qu'une réserve (ou une « déclaration interprétative » s'analysant, en réalité, comme une réserve) était illicite ou n'avait pas la portée que lui attribuait l'Etat défendeur, et en ont tiré la double conséquence d'une part que l'Etat en cause ne pouvait invoquer la réserve illicite devant elles et, d'autre part, qu'il n'en demeurait pas moins

78/ V. par. 37.

79/ V. *supra*, par. 10 et 12, et notes 19 et 22.

lié par sa ratification de la Convention de Rome 80/. La Cour interaméricaine des Droits de l'homme a adopté une position similaire 81/.

59. Les organes de contrôle institués par des traités de droits de l'homme conclus sous les auspices des Nations Unies, traditionnellement prudents en la matière 82/, s'en sont trouvés encouragés à plus de hardiesse :

- les Présidents des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont, à deux reprises, exprimé leurs préoccupations en ce qui concerne la situation découlant des réserves aux traités dont ils ont la charge et recommandé que ces organes attirent l'attention des Etats sur l'incompatibilité de certaines d'entre elles avec le droit applicable en matière de réserves 83/;
- le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a modifié les directives relatives à l'établissement des rapports initiaux et périodiques en y incluant une section indiquant sous quelle forme il souhaiterait que les Etats parties qui ont fait des réserves en rendent compte 84/, et

« accueilli favorablement la suggestion faite par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités dans sa résolution 1992/3 intitulée 'Formes contemporaines d'esclavage', suggestion tendant à prier le Secrétaire général :

80/ V. les affaires *Temeltasch c. Suisse* (Com. E. D.H., 5 mai 1982, Ann. C.E.D.H., vol. 31, p. 120; *Belilos c. Suisse* (C.E.D.H., 21 mai 1987, série A, vol. 132, p. 1), *Chrysostomos et as. c. Turquie* (Com.E.D.H., 4 mars 1991, R.U.D.H. 1991, p. 193), *F. et M.L. c. Autriche* (Com. E.D.H., 6 septembre 1994), *Gradinger c. Autriche*, (Com. E.D.H., 19 mai 1994; C.E.D.H., 23 oct. 1995), *Loizidou c. Turquie* (C.E.D.H., 23 mars 1995, série A, vol. 310, p. 1), et *Fischer c. Autriche* (C.E.D.H., 26 avril 1995). Ces décisions font l'objet d'analyses plus précises dans la section 3 du présent chapitre.

81/ Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des Droits de l'homme* (Art. 74 et 75), avis consultatif OC-2/82 du 24 sept. 1982, série A, n° 2; et *Restrictions à la peine de mort* (Arts. 4(2) et 4(4)), Avis consultatif OC-3/83 du 8 septembre 1983, série A, n° 3.

82/ V. *infra* section 3, paragraphe 1.

83/ V. les Rapports des quatrième et cinquième réunions des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, A/ 47/628, 10 nov. 1992, par. 36 et 60-65 et A/49/537, 19 oct. 1994, par. 30.

84/ V. quinzisième session, 15 janvier-2 février 1996, « Directives relatives à la forme et au contenu des rapports initiaux des Etats parties », CEDAW/C/7/Rev. 2.

« De recueillir les vues du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et de la Commission de la condition de la femme sur la question de savoir s'il serait souhaitable d'avoir un avis consultatif sur la valeur et l'effet juridique des réserves concernant la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [...] » « [et] décidé qu'il appuierait les mesures prises en commun avec d'autres organes créés en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en vue de solliciter une opinion [sic] consultative de la Cour internationale de Justice qui préciserait la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme et aiderait ainsi les Etats parties à ratifier et à appliquer ces instruments internationaux. Une telle opinion aiderait aussi le Comité dans son examen des progrès réalisés dans la mise en oeuvre de la Convention » 85/;

- surtout peut-être, le Comité des droits de l'homme a adopté, le 2 novembre 1994, son « Observation générale n° 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte » par laquelle il prenait très clairement position en faveur d'une conception extensive de ses propres pouvoirs d'examen de la compatibilité de ces réserves ou déclarations avec le but et l'objet du Pacte international relatif aux droits civils et politiques 86/.

60. Ces prises de position ont suscité certaines inquiétudes parmi les Etats et de vives critiques de la part de certains d'entre eux 87/. Elles ne sont probablement pas étrangères au réexamen de la question des réserves aux traités entrepris dans diverses enceintes et tout particulièrement au Conseil de l'Europe 88/.

85/ Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes sur les travaux de sa douzième session, A/48/38, 28 mai 1993, par. 3 et 5.

86/ V. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 6, 11 nov. 1994.

87/ V. en particulier les commentaires, extrêmement critiques, de l'Observation générale n°24 par les Etats-Unis, le Royaume-Uni (reproduits dans le dix-neuvième Rapport du Comité des Droits de l'homme à l'Assemblée générale, A/50/40, vol. I, p. 147 et 151) et la France (à paraître dans le Rapport de 1996, A/51/40).

88/ V. not. la recommandation 1223 (1993) relative aux réserves formulées par des Etats membres aux conventions du Conseil de l'Europe, adoptée par l'Assemblée parlementaire le 1^{er} oct. 1993, et la recommandation du Comité des Ministres sur le même sujet en date du 17 février 1994, ou les

61. Il n'est, dès lors, certainement pas superflu pour la Commission du Droit international de prendre position sur ces problèmes et de le faire rapidement. Cette position du Rapporteur spécial, qui l'a conduit à modifier quelque peu l'ordre dans lequel il se proposait d'aborder les questions posées par le sujet dont il a été chargé, ne tient pas à un souci de suivre une mode.

62. S'il est évidemment fondamental que les organes de droits de l'homme exposent leurs points de vue en la matière, il est tout aussi essentiel que la Commission fasse entendre la voix du droit international ^{89/} dans ce domaine important et il serait fâcheux qu'elle soit absente d'un débat qui la concerne au premier chef : d'une part, les questions sur lesquelles s'interrogent les Etats et les organes de droits de l'homme tournent autour de l'applicabilité des règles relatives aux réserves codifiées par la Convention de Vienne de 1969 à l'élaboration de laquelle la Commission a pris une part si déterminante; d'autre part, conformément à son Statut, elle « a pour but de promouvoir le « développement progressif du droit international et sa codification » ^{90/}, celle-ci visant à « formuler avec plus de précision et [à] systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales » tandis que l'expression « développement progressif du droit international » concerne les sujets « qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore

travaux du Comité des Conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) lors de sa réunion des 21 et 22 mars 1995 (cf. Meeting Report, CAHDI(95)5, par. 23 à 34); à l'issue de cette réunion, il a été décidé que « [t]he Secretariat will submit this document [il s'agit d'un document de travail soumis par la délégation autrichienne, CAHDI (95)7], together with a copy of the meeting report to the Special Rapporteur of the ILC, indicating at the same time that the CAHDI takes a keen interest in this issue and was willing to contribute to the study. This item will be kept on the agenda for the Spring 1996 meeting of the CAHDI when first indications will have been received on how the ILC study was progressing » (Le Secrétariat soumettra ce document, en même temps qu'une copie du rapport de la réunion, au Rapporteur spécial de la Commission du droit international, en faisant part du profond intérêt du CAHDI pour ce problème et de sa volonté de contribuer à l'étude. Ce point sera maintenu à l'ordre du jour de la réunion du CAHDI du printemps 1996, date à laquelle il aura eu connaissance des premières indications relatives à la progression des travaux de la Commission du droit international).

^{89/} Lors de l'élaboration de l'Observation générale n° 24, le Comité des Droits de l'homme n'a pas centré son attention sur les règles générales du droit international en matière de réserves mais sur le Pacte de 1966 lui-même; cf. La remarque de Mme. Higgins qui reprochait au projet initial de faire "excessivement référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités par rapport au Pacte, qui devrait pourtant être la préoccupation centrale du Comité" (CCPR/C/SR.1366, par. 58).

^{90/} Article 1er, par. 1.

suffisamment développé dans la pratique des Etats » 91/. Ces deux aspects sont bien au centre du débat - dont un des préalables est d'ailleurs de déterminer si le problème se pose en termes de codification ou de développement progressif.

63. Compte tenu des points de vue opposés qui se sont manifestés, le Rapporteur spécial considère que la Commission pourrait faire oeuvre utile en s'efforçant de clarifier les termes du problème tel qu'il se pose au regard du droit international public général et en adoptant sur la question une résolution qui pourrait être portée à l'attention des Etats et des organes de droits de l'homme par l'Assemblée générale. Un projet de résolution à cette fin figure dans la conclusion du présent chapitre.

b) *Objet et plan du chapitre*

64. Cependant, puisque la fonction de la Commission du droit international est de contribuer à la codification et au développement progressif du droit international dans son ensemble et comme le sujet des « réserves aux traités » couvre l'ensemble des traités, il paraît opportun de replacer les problèmes particuliers posés par les réserves aux traités de droits de l'homme dans un contexte plus vaste et de s'interroger sur la question plus générale de l'unité ou de la diversité du ou des régime(s) juridique(s) applicable(s) aux réserves.

65. Un premier élément de diversité pourrait tenir à cet égard à l'opposition qui existerait entre les normes conventionnelles édictées par les articles 19 à 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 92/ d'une part, et les règles coutumières en la matière, d'autre part. Il n'y a cependant pas lieu de faire la distinction : si l'on peut sans doute soutenir qu'au moment de leur adoption les règles de Vienne relevaient, au moins en partie, du développement progressif du droit international plus que de sa codification au sens strict, il n'en va certainement plus ainsi aujourd'hui; prenant appui sur les

91/ Article 15.

92/ Il paraît sage de laisser de côté, à ce stade, les problèmes posés par l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités: outre qu'un consensus semble s'être dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il ne s'agissait pas d'un problème prioritaire (v. *supra* note 20), il se pose en des termes tout à fait particuliers. Il suffit de dire que la question de la succession aux réserves (et aux acceptations et objections) n'apparaît *prima facie* que comme l'accessoire de la question plus générale de la succession au traité lui-même. Ceci étant, lorsqu'elle examinera les problèmes de succession aux réserves, la Commission devra peut-être se poser tout de même, au moins incidemment, la question de savoir si l'objet du traité joue un rôle dans les modalités de la succession aux traités. Il est possible que, d'ici là, l'arrêt que doit rendre prochainement la Cour internationale de Justice sur les exceptions préliminaires soulevées par la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) dans l'affaire de l'Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide apporte des éléments nouveaux à cet égard.

dispositions de la Convention de 1969, confirmées en 1986, la pratique s'est consolidée en normes coutumières 93/. De toutes manières, nonobstant les nuances dont on peut assortir une telle opinion 94/, le souci exprimé tant par les Membres de la Commission qu'au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale de préserver les acquis des Conventions existantes 95/ rend la question assez vaine : c'est par rapport aux normes énoncées par celles-ci qu'il faut se placer.

66. Ce problème artificiel étant écarté, la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves peut être posée ainsi : certains traités échappent-ils, ou doivent-ils échapper, à l'application du « régime de Vienne » du fait de leur objet? et, en cas de réponse affirmative à cette première question, à quel(s) régime(s) particulier(s) ces traités sont-ils ou devraient-ils être soumis en matière de réserves 96/ ? Si l'on met à part les traités auxquels les Conventions de 1969 et 1986 elles-mêmes reconnaissent une spécificité à cet égard, le problème a été posé principalement en ce qui concerne les traités « normatifs » dont on a affirmé qu'ils seraient antinomiques avec l'idée même de réserves (section 1).

67. Dans cette optique (mais avec, en arrière-plan, toujours le problème spécifique des traités de droits de l'homme), on a fait remarquer que la question générale débouchait sur une autre, plus spécifique : « There are in effect two separate but related issues : should reservations to normative treaties be permitted, and should the validity of such reservations be assessed by a system other than that pertaining to treaties in general? » 97/ (Il y a, en effet, deux problèmes distincts mais liés : les réserves aux traités normatifs devraient-elles être permises et la validité de telles réserves devrait-elle être appréciée par un système différent de celui applicable aux traités en général?). Si l'on pose le problème ainsi, « the reality is that we are speaking of two sorts of rules - substantive and

93/ V. le Rapport préliminaire supra (note 2), par. 153 à 157.

94/ V. *ibid.* par. 158 à 162.

95/ V. *supra* par. 2 à 4 et 18 à 20.

96/ Le problème a été posé à peu près exactement en ces termes en ce qui concerne les réserves aux traités de droits de l'homme : « The basic question concerning treaties on human rights is whether or not they are to be considered as a category separate from other multilateral treaties and in particular, whether the rules on reservations [...] apply to them with equal force » (La question de base que posent les traités de droits de l'homme est de savoir s'ils doivent ou non être considérés comme une catégorie distincte des autres traités multilatéraux et, en particulier, si les règles relatives aux réserves [...] s'y appliquent de la même manière) (Massimo COCCIA, « Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights », California Western International Law Journal, 1985, p. 16).

97/ Catherine REDGWELL, "Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties" B.Y.B.I.L. 1993, p. 279.

procedural » 98/ (on parle en réalité de deux sortes de règles - substantielles et procédurales).

68. Ces deux catégories de règles peuvent être liées, et l'on peut imaginer, ici encore, que les organes de contrôle institués par certains traités multilatéraux bénéficient de pouvoirs particuliers en matière de réserves du fait de l'objet même du traité. Mais on peut aussi estimer que le problème de l'étendue de ces pouvoirs se pose de toutes manières, indépendamment de l'objet du traité, dans tous les cas où un instrument conventionnel crée un organe chargé de contrôler son application; dans ce cas, la particularité du régime de réserves tiendrait à l'existence de l'organe et non aux caractères propres au traité - sauf à considérer que les traités créant des organes de contrôle constituent une catégorie à part...

69. Il paraît donc de bonne méthode de distinguer d'une part le problème de principe -substantiel- de l'unité ou de la diversité des règles applicables en matière de réserves (section 2), de celui -procédural- de la mise en oeuvre de ces règles et, en particulier des pouvoirs des organes de contrôle lorsqu'il en existe (section 3).

Section 1. Diversité des traités et régime juridique des réserves

a) *Restriction de l'étude aux traités normatifs*

70. Deux considérations en sens inverses peuvent conduire à élargir ou, au contraire, à limiter, le champ du présent chapitre : d'une part, la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves se pose avec acuité et urgence seulement en ce qui concerne les traités relatifs aux droits de l'homme; mais, d'autre part, il est établi que d'autres catégories de traités posent des problèmes particuliers en ce qui concerne la nature des règles applicables ou les modalités de leur application; tel est très certainement le cas

- des traités restreints,
- des actes constitutifs des organisations internationales et
- des traités bilatéraux.

71. Il paraît cependant sage d'écarter ces diverses catégories de traités de la réflexion à ce stade, pour des raisons à la fois théoriques et pragmatiques. Si, en effet, la problématique « université/diversité » est en partie commune à tous les traités, elle est aussi, par nécessité logique, propre à chaque catégorie : c'est en effet en fonction des caractères spécifiques à chacune que se pose la question de savoir si les règles communes leur sont applicables ou si, au contraire, elles doivent être écartées; ou, pour dire les choses autrement, la problématique de l'unité est une par hypothèse, mais, tout aussi nécessairement, celle de la diversité est

98/ Rosalyn HIGGINS, « Preface » à paraître en 1996 in British Institute of International and Comparative Law, Reservations and Human Rights Treaties, p. 7 (version dact.), souligné dans le texte.

plurielle 99/. En d'autres termes, un examen séparé de chaque catégorie particulière peut se révéler nécessaire et il n'y a pas d'inconvénient à se livrer à un tel examen pour certains types de traités et à le différer pour d'autres puisque les problèmes se posent, partiellement au moins, de manière différente.

72. Par ailleurs, les traités restreints et les actes constitutifs des organisations internationales sont, dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 elles-mêmes, l'objet d'un traitement à part qui se traduit par des règles spécifiques 100/. En ce qui concerne les réserves aux traités bilatéraux, elles posent des problèmes tout à fait particuliers qui tiennent à la définition même de la notion de réserves 101/ et il y aura probablement avantage à les envisager dans le chapitre consacré à cette définition 102/.

73. Les traités de codification soulèvent des questions plus difficiles. On a parfois considéré que les réserves à ces traités posaient des problèmes spécifiques 103/. Quoique d'usage courant 104/, la notion n'est pas dépourvue d'ambiguïté : la frontière entre codification d'une part et développement progressif du droit international d'autre part est, pour le moins, incertaine (en admettant qu'elle existe) 105/; nombre de traités contiennent des « clauses de codification », c'est-à-dire des *dispositions* reprenant des normes coutumières, sans être pour autant des « traités de codification » du fait que ces dispositions sont juxtaposées à d'autres ne présentant pas un tel caractère (le problème se pose d'ailleurs dans ces termes pour maints traités relatifs aux droits de l'homme 106/). Il est donc fort douteux que la

99/ V. les réflexions voisines de M. De Saram lors du débat sur le Rapport préliminaire, A/CN.4/SR.2404, p. 6-7.

100/ Cf. l'article 20, paragraphes 2 et 3.

101/ Cf. les doutes sur l'opportunité même d'examiner la question exprimés par M. Idris (A/CN.4/SR.2407, p. 6), M. Kabatsi, (*ibid.*, p. 7) et M. Yamada, (*ibid.*, p. 11), lors de la quarante-septième session de la Commission.

102/ V. *supra*, Chapitre I, par. 37, « Schéma général provisoire de l'étude », II-e) et par. 40.

103/ V. par exemple : G. TEBOUL, « Les réserves aux conventions de codification », R.G.D.I.P. 1982, p. 679-717 et la littérature citée p. 684, aux notes 9 et 10.

104/ V. par exemple : P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 239-249 ou Gérard TEBOUL, *op. cit.* (note 103).

105/ Cf. La Commission du droit international et son oeuvre, Nations Unies, New York, 1989, p. 15-16.

106/ V. *infra* par. 85-86.

catégorie soit « opérationnelle » en tant que telle aux fins du présent chapitre 107/.

74. Il n'est, en revanche, pas contestable que la question se pose de savoir si une réserve à une règle de nature coutumière reprise dans une disposition conventionnelle est licite 108/. Conformément au « schéma général provisoire » figurant dans le chapitre I ci-dessus 109/, le Rapporteur spécial se propose de traiter plus complètement de ce problème complexe à un stade ultérieur de l'étude. Ceci lui paraît justifié par le fait que ce n'est pas l'objet mais la double nature, à la fois conventionnelle et coutumière de la disposition sur laquelle porte la réserve qui est en cause.

75. Il n'en reste pas moins que le problème n'est évidemment pas dépourvu de tout lien avec celui qui fait l'objet du présent chapitre. De l'avis du Rapporteur spécial, il convient de faire preuve de pragmatisme à cet égard : inévitablement, certaines des questions abordées à ce stade ont un caractère « vertical » et se posent pour l'ensemble du sujet en examen; elles ne pourront être complètement laissées de côté, étant entendu que la Commission devra se sentir entièrement libre de « retoucher » ultérieurement les conclusions provisoires et fragmentaires auxquelles elle parviendra à la présente session.

76. A l'inverse, le Rapporteur spécial a la conviction que l'examen du problème « vertical » qui fait l'objet du présent chapitre et qui traverse tout le sujet des réserves aux traités, pourra être très positif pour la suite de l'étude, pour laquelle il posera des jalons utiles et à laquelle il donnera un éclairage particulier.

b) *Traités normatifs et dispositions normatives*

77. Les traités « normatifs » posent des problèmes particuliers : non seulement c'est à leur sujet que les auteurs ont le plus insisté sur l'inadaptation du régime juridique général des réserves mais encore, on est allé jusqu'à prétendre que, par nature, ces instruments ne se prêtaient pas à la formulation de réserves. Avant d'examiner ces questions (distinctes dans

107/ C'est d'ailleurs principalement pour des raisons voisines que la distinction entre « traités-lois » et « traités-contrats », qui a eu son heure de gloire, est aujourd'hui délaissée: « ... il est certain que la plupart des traités n'ont pas un contenu homogène. Ils constituent un moule dans lequel on peut couler des dispositions qui présentent des caractères très différents; [...] Si l'on devait donc appliquer des distinctions juridiques matérielles aux dispositions des traités, il faudrait de toute façon examiner leurs dispositions séparément sans pouvoir se contenter d'une analyse globale rudimentaire » (Paul REUTER, *op. cit.* note 43, p. 24).

108/ V. *supra* (note 2), Rapport préliminaire, par. 143-144 et l'intervention de M. Lukashuk lors du débat sur le Rapport préliminaire, A/CN.4/SR.2402, p. 16.

109/ Par. 37, IV.A.c).

une large mesure 110/), il convient cependant de s'interroger sur la consistance et l'existence même de cette catégorie de traités.

78. Comme on l'a écrit, « [l]es conventions multilatérales sont devenues un des moyens les plus couramment employés pour établir des règles de conduite pour l'ensemble des Etats, non seulement dans leurs relations mais aussi au profit des individus. Par ces instruments, les Etats tendent ainsi à apporter leur contribution à la formation du droit international en se faisant les interprètes d'une exigence générale de la communauté internationale » 111/. « It is this peculiarity of 'normative' Conventions, namely that they operate in, so to speak, the absolute, and not relatively to the other parties - *i.e.*, they operate for each party *per se*, and not *between* the parties *inter se* - coupled with the further peculiarity that they involve mainly the assumption of duties and obligations, and do not confer direct rights or benefits on the parties *qua* States, that gives these Conventions their special character » 112/ (C'est cette particularité des Conventions « normatives », à savoir qu'elles opèrent, pour ainsi dire, dans l'absolu, et non en relation avec les autres parties -c'est-à-dire qu'elles opèrent à l'égard de chaque partie *en ce qui la concerne*, et non *entre* les parties-jumelée avec leur autre caractéristique, à savoir qu'elles reposent principalement sur l'affirmation de devoirs et d'obligations, et ne confèrent pas directement des droits ou des avantages aux parties en tant qu'Etats, qui donne à ces Conventions leur caractère juridique particulier).

79. On trouve des traités de ce type dans des domaines très divers : juridique (ce sont les « conventions de codification » 113/, du droit international public et privé, y compris les conventions portant lois uniformes), économique, technique, social, humanitaire, etc. Les conventions générales concernant la protection de l'environnement présentent la plupart du temps ces caractères et il en va fréquemment ainsi de celles relatives au désarmement.

80. Mais c'est dans le domaine des droits de l'homme que ces particularités ont été le plus souvent mises en évidence 114/, étant entendu que l'expression « droits de l'homme » doit être prise ici au sens large et qu'il n'y a pas lieu de distinguer aux fins du présent chapitre entre droit humanitaire d'une

110/ V. *Infra*, paragraphe 3.

111/ P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 435-436; v. aussi l'abondante bibliographie citée par cet auteur, not. notes 92 et 95.

112/ G.G. FITZMAURICE, « Reservations to Multilateral Conventions », *I.C.L.Q.* 1953, p. 15; italiques dans le texte.

113/ V. *supra* par. 73.

114/ V *infra* par. 84 et 148-152.

part et droits de l'homme *stricto sensu* d'autre part : les considérations qui valent pour ceux-ci valent tout autant pour celui-là 115/.

81. Il reste que, même en ayant une conception large, la classification d'un traité comme « relatif aux droits de l'homme » (ou au désarmement, ou à la protection de l'environnement), est loin d'être toujours évidente 116/ : une convention relative au droit de la famille ou à l'état civil peut comporter des dispositions relatives aux droits de l'homme et d'autres qui ne le sont pas. De plus, en admettant ce problème résolu, deux autres difficultés surgissent.

82. D'une part, la catégorie des « traités relatifs aux droits de l'homme » est, de toute évidence, loin d'être homogène. « Il n'est pas possible de mettre sur le même plan [...] les Pactes des Nations Unies ou la Convention européenne, qui régissent presque tous les aspects de la vie en société et des conventions comme celles sur le génocide ou la discrimination raciale qui ne tendent à protéger qu'un seul droit » 117/. Ces deux sous-catégories de « traités de droits de l'homme » posent des problèmes fort différents en ce qui concerne la définition de leur objet et de leur but, si centrale pour l'appréciation de la licéité des réserves 118/.

83. D'autre part, au sein d'un même traité peuvent voisiner des clauses de nature fort différente, tant en ce qui concerne leur « importance » (ce qui, au plan juridique peut se traduire par leur caractère impératif ou non, « dérogeable » ou non 119/), leur nature (coutumière ou non 120/), ou leur consistance (« normative » ou contractuelle). Tous ces aspects ont une

115/ Pour une présentation et une justification de la distinction, v. Karel VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », R.C.A.D.I. 1974-IV, vol. 140, p. 350 et s.

116/ V. en ce sens, Catherine REDGWELL, *op. Cit.*(note 97), p. 280.

117/ Pierre-Henri IMBERT, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », Actes du Cinquième colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme, Pédone, Paris, 1982, p. 99; également publié en anglais : « Reservations and Human Rights Conventions », The Human Rights Review 1981 (ci-après: H.R.R. 1981), p. 28-60 (p. 28).

118/ V. en ce sens Jeremy McBRIDE, « Reservations and the Capacity to Implement Human Rights Treaties » à paraître *in op. Cit.*(note 98), p. 32 (version dact.) ou William A. SCHABAS, « Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform », Annuaire canadien de droit international 1995, p. 48.

119/ V. sur ce point la position nuancée prise par le Comité des Droits de l'homme dans l'Observation générale n° 24, *supra* (note 86), par. 10 et le commentaire de J. McBRIDE, *op. cit.* (note 118), p. 33-34; v. aussi P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 117), p. 105-106 (H.R.R. 1981, p. 31-32).

120/ V. *supra* par. 73 et 74.

incidence sur la question en examen 121/, mais il est clair que c'est ce dernier aspect, le caractère "normatif" prêté aux traités de droits de l'homme, qui a le plus de poids.

84. Conformément à l'opinion commune en effet, la particularité essentielle qui les caractérise est qu'ils n'ont pas pour objet de réaliser un équilibre entre les droits et avantages que se reconnaissent mutuellement les Etats parties, mais qu'ils visent à instituer une réglementation internationale commune, traduction de valeurs partagées, que toutes les Parties s'engagent à respecter, chacune en ce qui la concerne. Comme l'a relevé avec force la C.I.J. à propos de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide :

« Dans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges » 122/.

85. Il convient cependant de se garder d'une vision trop linéaire et simpliste des choses : si, en règle générale, les dispositions protectrices de droits de l'homme ont un caractère « normatif » marqué, ces traités n'en comportent pas moins également des clauses typiquement contractuelles : aussi fâcheux que cela soit, le « droit de La Haye » applicable à la conduite des belligérants dans les conflits armés demeure fondamentalement contractuel et les Conventions de 1899 et de 1907, s'appliquent toujours sur une base réciproque (malgré la désuétude de la fameuse clause *si omnes*) 123/; de même, le mécanisme des requêtes inter-étatiques institué par les articles 24 de la Convention européenne des droits de l'homme 124/ ou 45 de la Convention inter-américaine est à base de réciprocité; et même de la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide, on a pu dire qu'elle

« contains stipulations of a normative character and stipulations of a contractual character. However, as is clear from its text and from the whole history of United Nations dealing with the problem of genocide, the intention of its framers was equally to codify, at least in part, substantive international law and to establish international obligations to facilitate international co-operation in the prevention and punishment of the crime. Consequently, the Convention cannot be regarded as a single indivisible whole, and its normative stipulations are divisible from its

121/ V. *infra*, section 2, paragraphe 1.

122/ V. *supra* (note 46) Avis, p. 23; v. aussi *infra* par. 148-152.

123/ V. sur ce point P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 256-257.

124/ V. P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 109), p. 115 (H.R.Rev. 1981, p. 36).

contractual stipulations » 125/ (contient des dispositions de caractère normatif et d'autres de nature contractuelle. Cependant, comme cela ressort de son texte et de tout l'historique des interventions des Nations Unies en matière de génocide, l'intention des rédacteurs était tout autant de codifier, au moins en partie, le droit international substantiel que d'établir des obligations en vue de faciliter la coopération internationale pour la prévention et la répression de ce crime. En conséquence, la Convention ne peut être analysée comme un tout indivisible, et ses dispositions normatives doivent être distinguées de ses clauses contractuelles).

86 Ici encore, le problème ne paraît donc pas très bien posé s'il l'est en ce qui concerne les « traités de droits de l'homme » : seules font question les « clauses de droits de l'homme » présentant un caractère normatif ou, plus généralement, les « clauses normatives » quel que soit l'objet du traité dans lequel elles figurent.

87. En effet, s'il est évident que les traités de droits de l'homme présentent ces caractéristiques de manière particulièrement frappante, il faut aussi constater qu'ils ne sont pas les seuls. Il en va également ainsi de la plupart des traités relatifs à la protection de l'environnement ou au désarmement et, d'une manière plus générale, de tous les traités « normatifs », par lesquels les Parties édictent des règles uniformes qu'elles entendent appliquer.

88. Certes, cette constatation ne saurait dispenser de se demander si, au sein de cette catégorie -si elle a véritablement valeur juridique-, existent des sous-catégories posant des problèmes spécifiques en matière de réserves et si, en particulier, tel serait le cas des traités de droits de l'homme. Mais le point de départ de la réflexion doit nécessairement être plus général, sauf à postuler d'emblée ce que l'on veut démontrer. Dès lors, tout en mettant l'accent sur les traités de droits de l'homme -pour les raisons expliquées ci-dessus 126/-, le présent chapitre se placera dans la perspective plus vaste de l'ensemble des traités multilatéraux normatifs.

125/ Exposé de M. Shabtai ROSENNE, au nom du Gouvernement d'Israël, lors de l'examen de la demande d'avis de l'Assemblée générale au sujet des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J., Mémoires, plaidoiries et documents, p. 356; v. aussi: Tullio SCOVAZZI, Esercitazioni di diritto internazionale, Giuffrè, Milan, 1994, p. 69-71. De même, dans un Mémoire soumis au Conseil de la SDN le 15 juin 1927 sur la « Faculté de formuler des réserves dans les conventions générales », le Directeur du BIT relevait que les conventions internationales apparaissent « comme des instruments juridiques relevant à la fois de la loi et du contrat » (Société des Nations, Journal officiel, juillet 1927, p. 883).

126/ *Sub litt. a)*, par. 56 à 63.

Section 2. L'unité des règles de fond applicables aux réserves

89. L'adaptation aux traités multilatéraux normatifs des « règles de Vienne » relatives aux réserves ne peut être appréciée dans l'abstrait. Elle doit être confrontée aux fonctions imparties à un régime de réserves et aux intentions de leurs auteurs.

Paragraphe 1. Les fonctions du régime juridique des réserves

90. « Deux intérêts contradictoires sont en cause. Le premier intérêt est l'extension de la convention. On désire que cette convention fasse la loi pour le plus grand nombre d'Etats possible et, par conséquent, on accepte les aménagements qui permettront d'obtenir le consentement d'un Etat. L'autre préoccupation est celle de l'intégralité de la Convention : les mêmes règles doivent être valables pour toutes les parties; on n'a pas intérêt à avoir un régime conventionnel dans lequel il y aura des lacunes ou des exceptions, dans lequel les règles varieront suivant les Etats considérés » 127/. La fonction des règles applicables aux réserves est de réaliser un équilibre entre ces exigences opposées : la recherche de la participation la plus large d'une part, la préservation de la *ratio contrahendi*, de ce qui fait la raison d'être du traité, d'autre part. C'est de cette tension entre universalité et intégrité que résulte tout régime de réserves 128/ qu'il soit général (valable pour tous les traités ne prévoyant pas de régime spécifique) ou particulier (c'est-à-dire institué par des clauses expresses insérées dans le traité).

91. Le Juge Rosalyn HIGGINS a transposé en ces termes les données du problème en ce qui concerne les traités de droits de l'homme : « The matter is extremely complex. At the heart of it is the balance to be struck between the legitimate role of States to protect their sovereign interests and the legitimate role of the treaty bodies to promote the effective guarantee of human rights » 129/ (L'affaire est extrêmement complexe. Au coeur du problème : l'équilibre à trouver entre le rôle légitime des Etats de protection de

127/ Suzanne BASTID, Les traités dans la vie internationale - conclusions et effets, Economica, Paris, 1985, p. 71-72.

128/ V. en ce sens: B.T. HALAJCZUK, « Les conventions multilatérales entre l'universalité et l'intégrité », Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques, 1960, p. 38-50 et 147-158; J. M. RUDA, *op. cit.* (note 43), p. 212; John King GAMBLE Jr. « Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice », A.J.I.L. 1980, p. 372-373, Catherine LOGAN PIPER, « Reservations to Multilateral Treaties: The Goal of Universality », Iowa Law Review 1985, p. 295- 322, not. p. 297, 305 et 317; Rebecca J. COOK, "Reservations to the Convention of All Forms of Discrimination Against Women", Virginia Journal of International Law, 1990, p. 683-684 et 686; Samuel K. N. BLAY and B. Martin TSAMENYI, "Reservations and Declarations Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees", International Journal of Refugee Law, 1990, p. 557; Patrick DAILLIER et Alain PELLET, Droit international public (NGUYEN QUOC Dinh), L.G.D.J., Paris, 5ème éd., 1994, p. 178; etc.

129/ *Op. cit.*(note 98), p. 1 (version dact.).

leurs intérêts souverains et celui, légitime aussi, des organes institués par le traité de promotion de la garantie effective des droits de l'homme).

92. La première de ces exigences, celle de l'universalité, pousse à ouvrir très largement le droit des Etats de formuler des réserves ce qui, bien évidemment, facilite la participation universelle aux traités « normatifs ». Et ceci est tout aussi vrai en matière de droits de l'homme : « ...the possibility of formulating reservations may well be seen as a strength rather than a weakness of the treaty approach, insofar as it allows a more universal participation in human rights treaties » 130/ (...la possibilité de formuler des réserves peut être vue comme une force plus que comme une faiblesse de la manière dont le traité est conçu dans la mesure où il permet une participation plus universelle aux traités de droits de l'homme).

93. Toutefois, cette liberté des Etats de formuler des réserves ne saurait être illimitée. Elle se heurte à cette autre exigence, tout aussi impérative, de préserver ce qui fait l'essence même du traité. Il serait absurde, par exemple, de considérer qu'un Etat peut devenir partie à la Convention sur le génocide en excluant l'application des articles Ier, II et III, c'est-à-dire des seules dispositions substantielles de la Convention.

94. On peut aussi poser le problème en termes de consentement 131/.

95. Par définition même, le droit des traités est consensuel. « Le traité lie les Etats parce que ceux-ci ont voulu par lui être liés. Le traité est donc un acte juridique, mettant en oeuvre des volontés humaines » 132/. Les Etats sont liés parce qu'ils se sont engagés, parce qu'ils ont exprimé leur consentement à être liés. Ils sont libres de s'engager ou non et ils ne sont liés que par les obligations qu'ils ont acceptées librement et en toute connaissance de

130/ M. COCCIA, *op. cit.* (note 96), p. 3. L'auteur renvoie à O. SCHACHTER, M. NAWAZ & J. FRIED, Toward Wider Acceptance of U.N. Treaties 148 (1971) et ajoute : « This UNITAR study shows statistically that « the treaties ... which permit reservations, or do not prohibit reservations, have received proportionally larger acceptance than the treaties which either do not permit reservations to a part or whole of the treaty, or which contain only one substantial clause, making reservations unlikely » (« les traités ... qui autorisent les réserves, ou ne les interdisent pas, sont plus largement acceptés que les traités qui soit les excluent pour tout ou partie du traité, soit contiennent seulement une disposition substantielle, rendant de ce fait toute réserve improbable »).

131/ Cf. le premier rapport d'Hersch LAUTERPACHT sur le droit des traités dans lequel il explique que le problème du consentement « is a question closely, though indirectly connected with that of the intrinsic justification of reservations ... » (est une question liée étroitement, quoique de manière indirecte, avec celle de la justification intrinsèque des réserves) (Yearbook ... 1953, doc. A/CN.4/63, p. 125).

132/ Paul REUTER, *op. cit.* (note 43), p. 20-21.

cause 133/. « No State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable » 134/ (Aucun Etat ne peut être lié par des obligations contractuelles qu'il n'estime pas appropriées).

96. Ceci vaut tout autant pour les réserves : « The fundamental basis remains, that no state is bound in international law without its consent to the treaty. This is the starting point for the law of treaties, and likewise for our international rules dealing with reservations » 135/ (« Le fondement demeure : aucun Etat n'est lié en droit international sans avoir consenti au traité. C'est le point de départ et du droit des traités et des règles qui nous occupent relatives aux réserves »). Comme l'a dit la C.I.J. :

« Il est bien établi qu'un Etat ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement et qu'en conséquence aucune réserve ne lui est opposable tant qu'il n'a pas donné son assentiment » 136/.

133/ Sauf s'ils sont liés par ailleurs; mais c'est un autre problème. V. aussi en ce sens l'intervention du représentant des Etats-Unis à la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale (A/C.6/50/SR.13, par. 53).

134/ Christian TOMUSCHAT, « Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties - Comments on Arts. 16 and 17 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties », Z.a.ö.R.V. 1967, p. 466. V. en ce sens, par ex., C.P.J.I., arrêt du 17 août 1923, affaire du Vapeur Wimbledon, série A, n° 1, p. 25 ou C.I.J., avis consultatif du 11 juillet 1950, Statut international du Sud-Ouest africain, Rec.1950, p. 139.

135/ William W. BISHOP Jr., « Reservations to Treaties », R.C.A.D.I. 19616II, vol. 103, p. 255.

136/ V. *supra* (note 46), Avis consultatif, C.I.J. Rec. 1951, p. 21. Les auteurs de l'opinion dissidente formulent cette idée de manière encore plus ferme : « Le consentement des parties forme la base des obligations conventionnelles. Le droit régissant les réserves constitue seulement un cas particulier de ce principe fondamental, que l'accord des parties sur la réserve intervienne avant qu'elle soit énoncée, en même temps ou plus tard » (*ibid.* p. 32). Il est clair, au demeurant que la majorité et les Juges dissidents avaient des vues très opposées sur la manière dont le consentement à la réserve doit *se manifester*; mais cette divergence ne porte pas sur le « principe du consentement mutuel » (v. note 135, *infra*) et il paraît discutable d'affirmer comme le font des auteurs éminents que dans l'opinion de la majorité (qui est à l'origine du régime de Vienne), « le principe même du consentement est ébranlé » (P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 69; v. aussi p. 81 et 141 et s.).

De même, dans l'arbitrage entre la France et le Royaume-Uni relatif au *Plateau continental de la mer d'Iroise*, le Tribunal a insisté sur le nécessaire respect du « principe du consentement mutuel » dans l'appréciation des effets des réserves 137/.

97. Les règles applicables aux réserves doivent donc réaliser un double équilibre :

- entre les exigences de l'universalité et de l'intégrité du traité d'une part,
- entre la liberté du consentement de l'Etat réservataire et celle des autres Etats parties d'autre part, étant entendu que ces deux « couples dialectiques » se recoupent d'ailleurs en grande partie.

98. C'est à la lumière de ces exigences qu'il convient de se demander si le régime juridique des réserves prévu par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est d'applicabilité générale et, en particulier, s'il est adapté aux caractères particuliers des traités normatifs (ou, plus précisément, des « clauses normatives » figurant dans les traités multilatéraux généraux 138/). Auparavant, on constatera que les auteurs de ce régime se sont montrés conscients de ces exigences et ont entendu adopter des règles y répondant, d'applicabilité générale.

Paragraphe 2. Un régime conçu pour être d'application générale

99. Dès les tout début de ses travaux sur les réserves, la Commission s'est montrée consciente de la nécessité de réaliser le double équilibre évoqué ci-dessus 139/ entre les exigences d'universalité et d'intégrité d'une part, entre le respect de la volonté exprimée par l'Etat réservataire et celle des autres Parties d'autre part, même si elle a pris des positions très contrastées quant au meilleur moyen de le réaliser.

100. Conformément à sa position de principe favorable à la règle de l'unanimité, le premier rapport de James L. Brierly se borne à insister sur la nécessité du consentement à la réserve, tout en admettant -ce qui est, en soi, un élément de souplesse- que ce consentement pouvait être implicite 140/. Toutefois, dès l'année suivante, en réponse à la demande d'étude de la

137/ Sentence du 30 juin 1977, par. 60 et 61, R.S.A. XVIII, p. 171 et 172.

138/ V. *supra* par. 73-74 et 85-86; dans la suite du présent Rapport, les deux expressions sont utilisées indifféremment.

139/ V. *supra* par. 97.

140/ Yearbook ... 1950, vol. II, p. 240.

question des réserves aux Conventions multilatérales formulée par l'Assemblée générale 141/, le Rapporteur spécial a exposé la question dans toute son ampleur :

« La Commission devrait aborder cette tâche en s'inspirant des deux grands principes suivants. Tout d'abord, il faut s'efforcer de maintenir l'intégrité des conventions multilatérales internationales. Il faut chercher à conserver aux obligations de toutes les parties à un instrument multilatéral un certain caractère d'uniformité. [...]

« Le deuxième principe, par contre, est qu'il est souhaitable que les conventions multilatérales reçoivent une application aussi large que possible. [...] Pour qu'une convention multilatérale soit utile, il faut qu'elle reçoive une application aussi large que possible, ou qu'elle soit acceptée par le plus grand nombre d'Etats » 142/.

101. La Commission s'en est montrée à la fois d'accord et embarrassée :

« Lorsqu'une convention multilatérale est ouverte d'une manière générale aux Etats pour qu'ils deviennent parties, il est certainement désirable qu'elle soit acceptée par le plus grand nombre d'Etats possible. [...] D'autre part, il est également souhaitable de conserver l'uniformité des obligations imposées à toutes les parties à une convention multilatérale, et il pourra souvent se révéler plus important de maintenir l'intégrité d'une convention que de s'efforcer à tout prix de lui assurer la plus large acceptation possible » 143/.

Face à ce dilemme,

« [1]a Commission pense que les conventions multilatérales diffèrent à tel point les unes des autres par leur caractère et leur objet que lorsque les Etats négociateurs ont omis de faire place, dans le texte d'une convention, à une clause relative à la responsabilité ou à l'effet des réserves, aucune règle unique d'application uniforme ne peut se révéler entièrement satisfaisante » 144/.

Elle n'en conclut pas moins

« qu'il lui appartient de recommander, non pas une règle qui donne entièrement satisfaction, mais la règle qui lui paraît la moins mauvaise possible et pouvoir s'appliquer au plus grand nombre de cas » 145/,

141/ Résolution 478 (V) du 16 novembre 1950; v. *supra* (note 2) Rapport préliminaire, par. 14.

142/ Doc. A/CN.4/41, par. 11 et 12. V. *ibid.* par. 16.

143/ Rapport...1951, doc. A/1858, par. 26.

144/ *Ibid.* par. 28.

145/ *Ibid.*

étant entendu que cette règle peut toujours être écartée puisque les Etats et les organisations internationales sont invitées à envisager « l'opportunité d'insérer dans ces conventions » des clauses de réserves 146/.

102. Peu importe le régime retenu, à ce stade. Il est significatif que, dès l'origine, la Commission, tout en étant parfaitement consciente de la diversité des situations, ait manifesté la ferme volonté de dégager UN régime de droit commun, unique, « le moins mauvais possible », et susceptible de s'appliquer dans tous les cas de silence du traité.

103. Les rapports soumis par Hersch Lauterpacht en 1953 et 1954 sont de la même veine à cet égard 147/. Toutefois, il est important de relever qu'après une longue présentation des débats relatifs aux réserves dans le projet 148/ de Pacte des droits de l'homme 149/, le Rapporteur spécial sur le droit des traités concluait qu'il appartenait à l'Assemblée générale de choisir le régime convenable et que la grande variété des pratiques existantes montrait « qu'il n'est nécessaire ni même souhaitable de rechercher une solution unique »; mais, ajoutait-il :

« Ce qu'il faut, c'est que le code du droit des traités contienne une règle précise pour les cas où les parties n'auront pris aucune disposition en la matière » 150/.

104. L'unique rapport dans lequel Fitzmaurice a abordé la question des réserves est le premier, présenté en 1956 151/. Il est intéressant à un double titre en ce qui concerne le problème en examen :

1°. Se ralliant aux vues de son prédécesseur, le Rapporteur spécial estime que

« même selon la *lex lata*, la règle strictement traditionnelle en matière de réserves se trouve tempérée dans la pratique par [diverses] considérations, qui, toutes ensemble, laissent aux Etats une latitude assez grande à cet égard et doivent permettre de répondre à tous les besoins raisonnables » 152/;

ainsi se trouve affirmée l'idée que la souplesse est gage d'adaptabilité.

146/ *Ibid.*, par. 33.

147/ V. *supra* (note 2) Rapport préliminaire, par. 23 à 29.

148/ Unique à l'époque.

149/ Doc. A/CN.4/87, commentaire du projet d'article 9, p. 27-33.

150/ *Ibid.* p. 32.

151/ V. *supra* (note 2) Rapport préliminaire, par. 30 à 33.

152/ Annuaire ... 1956, vol. II, doc. A/CN.4/101, par. 95, p. 130.

2°. En outre, Fitzmaurice reprend la distinction esquissée dans un article publié en 1953 153/ entre « traités à participation limitée » d'une part et « traités multilatéraux » d'autre part 154/.

105. Cette distinction, reprise en 1962 par sir Humphrey Waldock dans son premier rapport 155/ est directement à l'origine des dispositions actuelles des paragraphes 2 et 3 des Conventions de 1969 et 1986. Ce ne fut cependant pas sans difficultés. Les longues discussions qui se sont engagées sur les propositions du Rapporteur spécial 156/ témoignèrent en effet de divergences profondes sur ce point entre les Membres de la Commission. La controverse a porté principalement sur le bien-fondé de l'exception à la règle générale, proposée par le Rapporteur spécial et reprise sous une autre forme par le Comité de rédaction en ce qui concerne les « traités multilatéraux conclus par un groupe restreint d'Etats » 157/. Résumant le débat, le Rapporteur spécial a indiqué que deux solutions étaient possibles à cet égard :

« la première serait d'établir une distinction entre les traités multilatéraux généraux et les autres traités multilatéraux; la seconde serait de distinguer entre les traités portant sur des questions qui n'intéressent qu'un groupe restreint d'Etats et ceux qui traitent de questions d'intérêt général » 158/.

106. La première de ces deux hypothèses a été défendue par certains Membres 159/, d'autres, plus clairement encore, demandant expressément que soit réintroduit le critère de l'objet du traité 160/. Ces vues, vivement contestées par d'autres Membres 161/, sont cependant restées minoritaires et,

153/ *Op. cit.* (note 112), p. 13.

154/ *Annuaire ... 1956*, vol. II, par. 97 et 98, p.130-131; à noter cependant qu'alors que, dans l'article précité Fitzmaurice parlait expressément de « Conventions of the 'normative' types » (*ibid.*) (Conventions de la catégorie 'normative'), il n'utilise pas cette expression dans son rapport.

155/ *Annuaire ... 1962*, vol. II, doc. A/CN.4/144, projets d'articles 17, par. 5, et 18, par. 3.b).

156/ Pour une présentation sommaire de ces débats, v. le Rapport préliminaire (*supra* note 2), par. 43 à 45.

157/ V. surtout *Annuaire ... 1962*, vol. I, p. 250-259.

158/ *Ibid.*, p. 258.

159/ V. *ibid.* les positions de Verdross (642ème séance, par. 56) ou de Waldock (p. 253)

160/ V. *ibid.* les positions de Jimenez de Arechaga (p. 164), Yasseen (p. 257) ou Bartos (p. 258).

161/ V. surtout la position très ferme d'Ago, *ibid.* p. 258.

après renvoi au Comité de rédaction, elles ont été définitivement écartées. Dans son rapport, la Commission se borne à indiquer :

« ... la Commission a décidé, en outre, qu'il n'y a pas de raisons suffisantes pour faire une distinction entre les traités multilatéraux n'ayant pas un caractère général conclus entre un nombre important d'Etats et les traités multilatéraux généraux. Par conséquent, les règles proposées par la Commission visent tous les traités multilatéraux, à l'exception de ceux conclus entre un petit nombre d'Etats et pour lesquels l'unanimité est la règle » 162/.

107. Ni les Etats dans leurs commentaires du projet d'articles, ni la Commission elle-même ne sont revenus sur ce point par la suite 163/; et, en 1966, dans son Rapport final sur le droit des traités, elle a repris presque mot pour mot la formule utilisée en 1962 :

« ... la Commission a décidé, en outre, qu'il n'y avait pas de raisons suffisantes pour faire une distinction entre les divers types de traités multilatéraux exception faite de ceux conclus entre un petit nombre d'Etats et pour lesquels l'unanimité est la règle » 164/.

108. Le problème a refait surface marginalement durant la Conférence de Vienne suite à un amendement des Etats-Unis proposant d'introduire le critère de la nature du traité parmi ceux à prendre en considération pour apprécier l'admissibilité d'une réserve 165/. Appuyée par quelques Etats 166/ et combattue par d'autres 167/, cette proposition fut renvoyée au Comité de rédaction 168/, qui la rejeta 169/. De même, la Conférence ne semble pas avoir

162/ Ann. ... 1962, vol. II, doc. A/5209, p. 199; v. aussi p. 197 et 200.

163/ Si ce n'est très fugitivement; cf. l'intervention de Briggs lors des débats de 1965, Ann. ... 1965, vol. I, p. 179.

164/ Ann. ... 1966, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, p. 225. A la quarante-septième session, M. De Saram a attiré l'attention sur cette phrase (cf. A/CN.4/SR.2404, p. 6); v. aussi la position de M. Rao (*ibid.* p. 21) et celle des Etats-Unis lors du débat à la Sixième Commission (A/C.6/50/SR.13, par. 50).

165/ A/CONF.39/C.1/L.126 et Add.1.

166/ Cf. Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Documents officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière : Etats-Unis (p. 118 et 141-142), Espagne (p. 119), ou Chine (p. 131)

167/ Cf. *ibid.*: Ukraine (p. 125), Pologne (p. 128), Ghana (p. 130), Italie (p. 131), Hongrie (p. 132), Argentine (p. 140), ou U.R.S.S. (p. 146).

168/ V. *ibid.* p. 147.

discuté les vues exprimées par l'OMS selon laquelle l'article 19 du projet 170/ devrait être « interprété comme autorisant la réciprocité dans la mesure seulement où celle-ci est compatible avec la nature du traité et de la réserve » 171/.

109. Les travaux préparatoires de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales ne font pas apparaître non plus de débats de fond sur cette question. Tout au plus peut-on remarquer qu'après discussion 172/, la Commission du droit international est passée outre aux souhaits de certains Membres de prévoir un régime particulier pour les réserves formulées par les organisations internationales et, dans son Rapport de 1982, elle a indiqué :

« Après avoir mûrement examiné à nouveau le problème, la Commission a réalisé en son sein un consensus et s'est ralliée à une solution plus simple que celle qu'elle avait adoptée en première lecture, assimilant, aux fins de la formulation des réserves, les organisations internationales aux Etats » 173/.

110. L'alignement du régime des réserves aux traités auxquels les organisations internationales sont parties sur celui applicable aux réserves à des traités purement inter-étatiques a été encore accentué lors de la Conférence de Vienne de 1986 174/. Ainsi se trouve parachevée et confirmée l'unité fondamentale du régime des réserves prévu par les deux Conventions de Vienne, aux seules exceptions près de certains traités conclus entre un nombre restreint d'Etats d'une part et des actes constitutifs d'organisation internationale d'autre part 175/.

111. L'historique de la rédaction des dispositions des Conventions de 1969 et 1986 ne laisse donc aucun doute : délibérément, et après des débats approfondis, la Commission du droit international puis les Conférences de codification ont entendu établir un régime unique applicable aux réserves aux traités, quels que soient leur nature ou leur objet. Pour arriver à ce résultat, la Commission n'est pas partie d'une idée préconçue; comme elle l'a

169/ V. la réaction des Etats-Unis *in* Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Documents officiels, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, p. 37.

170/ Devenu l'article 21.

171/ Compilation analytique des commentaires et observations présentés en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet d'articles sur le droit des traités, A/CONF.39/5(vol. I), p. 170.

172/ V. *supra* (note 2) Rapport préliminaire, par. 72 à 85.

173/ Annuaire ... 1982, vol. II, Deuxième partie, p. 35.

174/ V. *supra* (note 2) Rapport préliminaire, par. 87 et 88.

175/ V. *supra* par. 72.

clairement expliqué en 1962 et en 1966 176/, elle a constaté qu'il n'existait aucune raison déterminante pour procéder différemment - et il n'est pas sans intérêt de relever d'une part qu'elle a adopté cette position raisonnée en se posant notamment la question du régime des réserves dans les traités de droits de l'homme 177/ et, d'autre part, que dans les deux seuls cas où elle a estimé que des règles particulières s'imposaient sur certains points, elle n'a pas hésité à déroger au régime général 178/.

Paragraphe 3. Le régime juridique des réserves est généralement applicable

112. La thèse est bien connue. Quels que soient ses avatars, elle consiste à soutenir que, vue l'importance que présentent les traités normatifs pour la communauté internationale dans son ensemble, les réserves à de tels instruments doivent être soit exclues, soit, au moins, découragées, alors que le « système souple » retenu par les Conventions de 1969 et 1986 en facilite à l'excès la formulation et en amplifie les effets.

113. Il est cependant sans doute de bonne doctrine de distinguer deux problèmes séparés même s'ils sont liés : d'une part, celui, très général, de l'opportunité d'admettre ou non des réserves à ces instruments; d'autre part, la question, plus technique, de savoir si le « régime de Vienne » répond aux préoccupations exprimées par les uns et par les autres. Or si la réponse à la première de ces deux interrogations ne peut être donnée de façon objective et dépend bien davantage de préférences politiques, voire *d'a priori* idéologiques que de considérations de technique juridique, celles-ci permettent en revanche de prendre fermement parti en ce qui concerne la seconde. Elles peuvent, au demeurant, être examinées séparément.

A. Un débat sans conclusion possible : l'opportunité d'admettre des réserves aux traités normatifs

114. Les termes du débat ressortent remarquablement de l'opposition entre la majorité et les Juges dissidents dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide*. Pour la première :

« L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base » 179/.

176/ V. *supra* par. 106 et 107.

177/ En particulier au sujet des Pactes relatifs aux droits de l'homme; v. *supra* par. 103 et note 147.

178/ Cf. les paragraphes 2 et 3 de l'article 20 des Conventions de 1969 et 1986.

179/ V. *supra* (note 46) Avis consultatif, C.I.J. Rec. 1951, p. 24.

Au contraire, pour les Juges de la minorité,

« Il ne faut [...] pas s'attacher en premier lieu à réaliser l'universalité à n'importe quel prix. Ce qui présente une importance suprême, c'est plutôt l'acceptation d'obligations communes -de concert avec les Etats ayant des aspirations semblables- en vue d'atteindre un but élevé dans l'intérêt de l'humanité tout entière; [...] Dans l'intérêt de la communauté internationale, il est préférable de renoncer à la participation à la Convention d'un Etat qui persiste, nonobstant les objections, à vouloir modifier les termes de la convention plutôt que de lui permettre d'en devenir partie contre la volonté de l'Etat ou des Etats qui en ont accepté toutes les obligations à titre irrévocable et inconditionnel » 180/.

« Ces conventions [« multilatérales de caractère spécial » 181/], en raison de leur nature et de la manière dont elles ont été élaborées, forment un tout indivisible; par suite, elles ne doivent pas faire l'objet de réserves, car cela serait contraire aux fins qu'elles poursuivent, qui est l'intérêt général, l'intérêt social » 182/.

115. Cette opposition, marquée, de points de vue, appelle trois remarques :

- elle se manifeste, dès l'origine de la controverse, à propos d'un traité de droits de l'homme par excellence, donc relevant de la sous-catégorie des traités normatifs à propos desquels le débat a rebondi récemment 183/;
- les deux « camps » partent très exactement des mêmes prémisses (les buts poursuivis par la Convention dans l'intérêt de l'humanité toute entière) pour aboutir à des conclusions radicalement opposées (il faut/il ne faut pas accepter les réserves à la Convention);
- tout est dit dès 1951; le dialogue de sourds entamé alors s'est poursuivi pendant quarante-cinq ans sans discontinuer et sans que les arguments des uns et des autres aient fondamentalement évolué.

116. Le débat étant sans issue possible, il suffit d'en résumer les données immuables 184/.

180/ Opinion dissidente commune des Juges GUERRERO, Sir Arnold McNAIR, READ et HSU MO, *Ibid.* p. 47;

181/ Opinion dissidente du Juge ALVAREZ, *Ibid.* p. 51;

182/ *Ibid.* p. 53.

183/ V. *supra* par. 56 à 62.

184/ Sous réserve des aspects plus techniques du débat, v. *infra sub litt.* B.

117. Les réserves aux traités « normatifs » seraient néfastes car :

- les permettre reviendrait à encourager leur acceptation partielle 185/,
- et une rédaction moins soignée puisque les Parties pourront, de toutes manières, moduler ensuite leurs obligations 186/;
- l'accumulation des réserves finit par vider ces traités de toute substance à l'égard de l'Etat réservataire 187/
- et, en tout cas, compromet leur fonction quasi-législative et l'uniformité de leur application 188/.

118. Plus précisément en ce qui concerne les réserves aux traités de droits de l'homme,

- il y aurait « une contradiction entre les deux expressions 'réserves' et 'droits de l'homme' On conçoit mal qu'un Etat qui a accepté de se lier par un traité en cette matière n'ait pas tout fait pour être en mesure de remplir toutes ses obligations, [...] veuille encore se protéger par un 'domaine réservé' » 189/;
- il serait « souhaitable, en principe, que les Etats acceptent la totalité des obligations [résultant de ces traités], car les normes relatives aux droits de l'homme sont l'expression juridique des droits essentiels que chacun doit pouvoir exercer en tant qu'être humain » 190/;

185/ G.G. FITZMAURICE, *op. cit.* (note 112), p. 17 et 19-20.

186/ *Ibid.* p. 19.

187/ Cf. W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 118), p. 41.

188/ Cf., en matière de protection de l'environnement, Gwyneth G. STEWART, « Enforcement Problems in the Endangered species Convention: Reservations Regarding the Reservation Clause », Cornell International Law Journal, 1981, p. 438 et, quoique de manière nuancée, dans le domaine du désarmement, Pascal BONIFACE, Les sources du désarmement, Economica, Paris, 1989, p. 68.

189/ P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 117), p. 99 (H.R.R.1981, p. 28); v. aussi M. COCCIA, *op. cit.* (note 96), p. 16; les deux auteurs, qui se font l'écho de cette opinion ne la reprennent pas à leur compte. V. également la position de M. Robinson lors du débat sur le Rapport préliminaire (A/CN.4/SR.2402, p. 12).

190/ V. Comité des Droits de l'homme, Observation générale n° 24, *supra* (note 86), par. 4.

- leur ratification assortie de réserves pourrait être pour l'Etat réservataire l'occasion d'améliorer à peu de frais son « image » internationale sans accepter réellement d'engagements contraignants 191/.

119. En sens inverse, on fait valoir que

- les réserves sont un « mal nécessaire » 192/, résultant de l'état actuel de la société internationale; elles « ne peuvent être qualifiées sur le plan moral; elles sont la traduction d'un fait : l'existence de minorités dont les intérêts sont aussi respectables que ceux des majorités » 193/;
- plus positivement, elles seraient « une condition essentielle de cette vie, de ce dynamisme » de la forme conventionnelle 194/, favorisant à ce titre le développement du droit international 195/
- en facilitant la conclusion des conventions multilatérales 196/, et
- en permettant à un nombre plus important d'Etats d'y devenir parties 197/;

191/ V. R.P. ANAND, « Reservations to Multilateral Treaties », Indian J.L. I. L., 1960, p. 88; P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p.249 ou W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 118), p. 41.

192/ R. Ago, Annuaire ... 1965, vol. I, p. 166.

193/ Paul REUTER, Quatrième rapport sur la question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, A/CN.4/285, Annuaire ... 1975, vol. II, p. 39.

194/ P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 463.

195/ *Ibid.* p. 464.

196/ Voir *supra* (note 46) Avis, C.I.J. Rec. 1951, p. 22. V. aussi la position de M. Rao lors de la discussion du Rapport préliminaire (A/CN.4/SR.2404, p. 20).

197/ Cf. par exemple Manfred LACHS, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », R.C.A.D.I. 1957-II, vol. 92, p. 229-230. V. aussi les vues exprimées lors de la discussion du Rapport préliminaire par MM. Villagran Kramer (A/CN.4/SR.2403, p. 8) et Elaraby (« En un certain sens, les réserves sont le prix à payer pour assurer une plus large participation », A/CN.4/SR.2404, p. 16), et, en matière d'environnement, G.G. STEWART, *op. cit.* (note 188), p. 436.

- car, en tout état de cause, mieux vaut une participation partielle que pas de participation du tout 198/,

120. Ces considérations seraient plus pressantes encore en matière de droits de l'homme :

- « La possibilité d'émettre des réserves peut encourager les Etats qui estiment avoir des difficultés à garantir tous les droits énoncés dans [de tels traités] à accepter néanmoins la plupart des obligations qui en découlent » 199/;
- « Indeed, it could be argued that there is a particular need for a margin of flexibility in respect of human rights treaties which ted tot touch on matters of particular sensitivity to States... » 200/ (Assurément, on pourrait soutenir qu'une marge de flexibilité est plus nécessaire encore pour ce qui est des traités de droits de l'homme qui touchent à des domaines auxquels les Etats sont particulièrement sensibles),

198/ C'est ce que FITZMAURICE a appelé, pour la critiquer vigoureusement, « the half-a-loaf doctrine » (« la théorie de la demi-miche de pain » ou, pour reprendre le dicton français, "faute de grives, on mange des merles") (*op. cit.* (note 112), p. 17) : « that in any case half a loaf is better than no bread - that it is better (especially as regards the law-making, social and humanitarian type of Convention) that States should become parties even if they cannot (or will not) carry out certain of the obligations involved, and that they should be bound by at least some of the obligations of the Convention, even if they disengage themselves from the rest » (selon laquelle une demi miche de pain vaut mieux que pas de pain du tout - il vaut mieux, particulièrement en ce qui concerne le type de convention législative, en matière sociale et humanitaire- que les Etats deviennent parties, même s'ils ne peuvent (ou ne veulent) pas s'acquitter de certaines obligations découlant de la Convention, et qu'ils soient liés par au moins certaines d'entre elles, même s'ils s'absolvent des autres) (*ibid.* p. 11). En ce sens, v. par exemple : Charles de VISSCHER, Théories et réalités en droit international public, Pédone, Paris, 1970, p. 292-293 ou P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 372 ou 438.

199/ Comité des Droits de l'homme, Observation générale n° 24, *supra* (note 86), par. 4).

200/ C. REDGWELL, *op. cit.* (note 97), p. 279; v. aussi P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 117), p. 102-103 (H.R.R. 1981, p. 30). M. Thomas GIEGERICH montre combien le « *kulturellen Relativismus* » (« relativisme culturel ») est fréquemment invoqué en matière de droits de l'homme (« Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien - Ein konstitutioneller Ansatz », p. 713-715, English summary, p. 778-779). V. aussi la position de M. Rao lors de la discussion du Rapport préliminaire'A/CN.4/SR.2404, p. 20).

- tout particulièrement lorsque le dispositif conventionnel est assorti d'un mécanisme de contrôle qui assure une interprétation dynamique de l'instrument 201/;
- la formulation de réserves serait la preuve que les Etats prennent au sérieux leurs obligations conventionnelles et
- leur donne la possibilité de mettre leur droit interne en harmonie avec les exigences de la convention tout en les obligeant à s'acquitter de l'essentiel des obligations prévues;
- d'autant plus que la mise en oeuvre des traités de droits de l'homme prend du temps 202/, et
- demande plus de moyens, notamment financiers, qu'il y paraît 203/.

121. Dans les mêmes horizons de la doctrine, on fait valoir également que l'utilité des réserves en matière de droits de l'homme est attestée concrètement par le fait que fort peu de conventions conclues en ce domaine excluent les réserves 204/ et qu'il y est fait recours même lorsque le traité est conclu dans un cercle restreint d'Etats 205/. Il est également patent que les appels lancés périodiquement au retrait des réserves aux traités de droits de l'homme rencontrent un écho limité 206/, ce qui paraît attester de l'utilité des réserves en la matière.

201/ P.-H. IMBERT, *ibid.*

202/ Cf. Jeremy McBRIDE, *op. cit.* (note 118), p. 2-4 (version dact.).
V. aussi la position de M. Rao lors de la discussion du Rapport préliminaire (A/CN.4/2404, p. 20).

203/ V. J. McBRIDE, *ibid.* p. 4-13.

204/ V. *infra* par. 124.

205/ Comme le Conseil de l'Europe; cf. l'article 64 de la Convention européenne des droits de l'homme (v. P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 117), p. 119; H.R.R. 1981, p. 38).

206/ Cf. la réponse en date du 17 février 1994 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la recommandation 1223 (1993) de l'Assemblée parlementaire; v. aussi Belinda CLARK, « The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women », A.J.I.L. 1991, p. 288.

122. Les mêmes auteurs considèrent que, dans les faits, la portée des réserves aux traités normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme, est limitée 207/, ce que conteste la doctrine hostile au recours aux réserves 208/. Ici encore, tout est affaire d'appréciation et ceci ne fait guère que confirmer que toute réponse objective à la question de savoir si les inconvénients des réserves à ces instruments l'emportent sur leurs avantages ou inversement est exclue.

123. La « vérité » est probablement intermédiaire et tout dépend des circonstances et de l'objet des dispositions concernées. Toutefois, il n'y a guère d'inconvénients à laisser la question sans réponse : certes, le premier alinéa de l'article 19 des Conventions de Vienne sur le droit des traités pose le principe du droit de formuler des réserves; mais, comme toutes les règles relatives aux réserves (et comme la très grande majorité des autres règles) figurant dans ces conventions, il ne s'agit là que d'une norme supplétive de volonté, que les négociateurs peuvent écarter si et quand bon leur semble. S'ils estiment que le traité ne se prête pas à la formulation de réserves, il suffit qu'ils y insèrent une clause expresse les excluant, hypothèse que l'article 19.a) envisage du reste expressément.

124. Il est cependant remarquable que de telles dispositions soient fort rares dans les traités normatifs : en matière de droits de l'homme 209/ et semblent tout aussi exceptionnelles dans le domaine du désarmement 210/.

207/ Cf. M. COCCIA, *op. cit.* (note 96), p. 34; J.K.. GAMBLE, *op.cit.* (note 128), p. 372-394, *passim*; P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 347 et s. et *op. cit.* (note 117), p. 105 (H.R.R. 1981, p. 31); Dinah SHELTON, « State Practice on Reservations to Human Rights Treaties », Annuaire canadien des droits de la personne 1983, p. 205-234, *passim*, not. p. 225-227; Markus G. SCHMIDT, « Reservations to United Nations Human Rights Treaties - The Case of the Two Covenants », à paraître *in op. cit.* (note 98), p. 18-20 (version dact.) ou sir Ian SINCLAIR, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Manchester U.P., 1984, p. 77.

208/ Cf. W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 118), p. 42 et 64; v. aussi les inquiétudes exprimées par le Comité des Droits de l'homme, par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et par les Présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (*supra*, par. 59).

209/ V. cependant, par exemple, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage du 7 septembre 1960 (Article 9), la Convention sur la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960 (article 9, paragraphe 7), le Protocole 6 à la Convention européenne des Droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort du 28 avril 1983 (article 4) ou la Convention européenne contre la torture du 26 novembre 1987 (article 21) qui, tous, interdisent toute réserve à leurs dispositions.

210/ V. cependant l'article 22 de la Convention de Paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction des armes chimiques. Les clauses interdisant les réserves semblent plus fréquentes en matière de protection de l'environnement; cf. le Protocole de Madrid du 4 octobre 1991 sur la

125. Cette rareté des clauses prohibitives s'explique vraisemblablement par l'adaptation du régime de droit commun prévu par les Conventions de Vienne et qui s'applique dans le silence, fréquent 211/, des traités sur les réserves. Un autre phénomène, tout à fait frappant semble, *prima facie*, conduire également à cette conclusion; il s'agit de l'extrême diversité des clauses de réserves qui sont insérées dans les traités normatifs. En effet, si ces instruments impliquaient, par nature, un régime particulier de réserves, distinct de celui applicable aux autres types de traités, on pourrait s'attendre à ce que les Parties y recourent, sinon toujours, du moins fréquemment; or il n'en est rien : lorsqu'elles existent, les clauses de réserves figurant dans ces traités, y compris dans les traités de droits de l'homme, frappent au contraire par leur très grande diversité 212/. Ces indices de l' « acceptabilité » du « régime de Vienne » sont confirmés si l'on confronte les particularités prêtées aux traités de droits de l'homme aux caractéristiques essentielles de ce régime.

B. L'adaptation du « régime de Vienne » aux particularités des traités multilatéraux normatifs

126. De l'avis du Rapporteur spécial, la véritable question juridique ne consiste non pas à se demander s'il est ou non opportun d'autoriser les réserves aux traités multilatéraux normatifs, mais, bien plutôt, à s'interroger sur le point de savoir si, lorsque les Parties contractantes sont demeurées muettes sur le régime juridique des réserves, les règles figurant dans les Conventions de 1969 et 1986 sont ou non adaptées à n'importe quel type de traités, y compris aux traités « normatifs », y compris en matière de droits de l'homme.

127. A vrai dire, il paraît difficilement contestable que la réponse à cette question doive être affirmative, mais, s'il en va ainsi, ce n'est pas parce que les réserves seraient une « bonne » ou une « mauvaise » chose, en général, ou pour les traités normatifs, ou en matière de droits de l'homme, mais parce que les règles qui leur sont applicables en vertu des Conventions de Vienne constituent un juste équilibre entre les préoccupations exprimées tant par les « partisans » des réserves que par ceux qui y sont opposés et répondent de façon raisonnable à leurs arguments respectifs sur lesquels il n'est dès lors pas nécessaire de prendre position.

protection de l'environnement de l'Antarctique (article 24) ou les Conventions de New York sur les changements climatiques du 9 mai 1992 (article 24) ou de Rio sur la diversité biologique du 5 juin 1992 (article 37), qui, tous, excluent les réserves.

211/ V. *infra* par. 134.

212/ V. en ce sens: P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43) p. 193-196 ou William A. SCHABAS, "Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?", Brooklyn Journal of International Law, 1995, p. 286.

128. L'applicabilité générale et uniforme du régime juridique des réserves consacré par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 tient aux traits particuliers de ce régime, que ses auteurs ont voulu souple et adaptable, précisément pour qu'il puisse s'appliquer en toutes situations et qui, en effet, est adapté aux particularités des traités multilatéraux généraux de caractère normatif, y compris aux exigences des conventions relatives aux droits de l'homme.

a) *La souplesse et l'adaptabilité du « régime de Vienne »*

129. Cette unicité du régime des réserves aux traités est la conséquence de ses caractères fondamentaux, qui lui permettent de répondre aux besoins particuliers et aux spécificités de tous les types de traités ou de dispositions conventionnelles. Sa souplesse est le gage de son adaptabilité.

130. Le système de l'unanimité, qui était la règle, au plan universel en tout cas, jusqu'à l'avis consultatif de la C.I.J. sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* 213/, était lourd et rigide. C'est cette rigidité qui a conduit à lui préférer le système panaméricain, qui s'est généralisé à partir de 1951. Comme l'a relevé la Cour à propos de la Convention de 1948 :

« La très large participation à des conventions de ce genre a déjà entraîné une *flexibilité* plus grande dans la pratique internationale des conventions multilatérales. Un usage plus général des réserves, une part très large faite à l'assentiment tacite aux réserves, l'existence de pratiques qui vont jusqu'à admettre que l'auteur de réserves écartées par certains contractants est néanmoins considéré comme partie à la convention dans ses rapports entre ceux qui les ont acceptées, ce sont là autant de manifestations d'un besoin nouveau d'*assouplissement* dans le jeu des conventions multilatérales » 214/.

131. « Flexibilité », « souplesse », ce sont les maîtres mots du nouveau régime juridique des réserves qui, progressivement, va se substituer à l'ancien et être consacré par les Conventions de Vienne.

132. On trouve dans le premier rapport de sir Humphrey Waldock de 1962, qui a constitué le point de rupture de la Commission du droit international avec l'ancien régime de réserves, un long plaidoyer, particulièrement éloquent et complet en faveur d'un « système 'souple' » qui, « tout autant que celui de l'unanimité, sauvegarde dans une très large mesure les intérêts essentiels de chaque Etat... » 215/. Le Rapporteur spécial y insiste sur le fait que les règles qu'il propose - et dont, dans leurs grandes lignes, sont issues celles qui figurent dans les Conventions de Vienne - sont les plus favorables à

213/ V. *supra* (note 46).

214/ *Ibid.* C.I.J. *Rec.* 1951, p. 21-22; italiques ajoutées.

215/ *Op. cit.* (note 155), p. 72-73. V. le Rapport préliminaire *supra* (note 2), par. 36.

l'universalité des traités, tout en ne mettant sérieusement en cause ni l'intégrité du texte conventionnel ni le principe consensuel 216/.

133. Les principaux éléments qui permettent d'atteindre ce résultat sont les suivants :

1°. l'admissibilité des réserves doit être appréciée eu égard à l'objet et au but du traité 217/; cette règle fondamentale justifie par elle-même qu'une modulation du régime des réserves en fonction de l'objet du traité soit inutile : cet objet est pris en compte dans l'énoncé de la règle de base;

2°. la liberté du consentement des autres Parties contractantes est intégralement préservée puisque celles-ci peuvent moduler comme elles l'entendent, et à peu près sans limites, la portée des réserves en ce qui les concerne par le jeu des acceptations et des objections 218/;

3°. « Le droit de « formuler » des réserves institué par la CV ne présente qu'un caractère supplétif : chaque traité peut limiter cette liberté, et notamment interdire toute réserve ou certaines réserves » 219/; il peut aussi instituer son propre régime d'admissibilité et de contrôle des réserves; dès lors, les règles de Vienne constituent un simple filet de sécurité que les négociateurs peuvent, dans tous les cas, écarter ou modifier, notamment s'ils l'estiment utiles du fait de la nature ou de l'objet du traité.

134. Il n'est d'ailleurs pas indifférent que, malgré cette possibilité, nombre de traités ne contiennent pas de clauses de réserves et renvoient ainsi implicitement au régime prévu par les Conventions de 1969 et 1986.

« [C]e silence n'a pas du tout la même signification qu'autrefois : il n'est pas uniquement une conséquence du besoin de ne pas remettre en cause un compromis ou de l'impossibilité pour les Etats de s'entendre sur un texte commun; il correspond essentiellement au désir de la majorité d'entre eux de soumettre les réserves au 'système souple' élaboré dans le cadre des Nations Unies. Le silence du traité devient ainsi le résultat d'un choix positif » 220/; les règles supplétives deviennent de ce fait le droit commun, délibérément choisi par les Parties 221/.

216/ *Ibid.* p. 72-74.

217/ Cf. l'article 19.c) des Conventions de Vienne.

218/ Cf. les articles 20.3, 4 et 5, 21 et 22. V. le Rapport préliminaire supra (note 2), par. 61.

219/ Paul REUTER, *op. cit.* (note 43); v. aussi le par. 26 *supra* et les autres références citées à la note 43.

220/ P.-H. IMBERT, *op. cit.* note 43, p. 226-227.

221/ Cf. *ibid* p. 226.

135. Il n'est pas indifférent non plus que cette solution de renvoi implicite - et, parfois, explicite 222/ - ait été retenue par de nombreux traités multilatéraux généraux normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme. Ceci paraît établir que le régime de Vienne est adapté aux caractères particuliers que l'on prête généralement à ces traités.

b) *Le « régime de Vienne » est adapté aux particularités des traités normatifs*

136. Les objections faites au régime « souple », d'origine panaméricaine 223/ retenu dans les Conventions de Vienne sur le droit des traités ont été synthétisées avec force et talent par FITZMAURICE dans un article important publié en 1953. Il y insiste en particulier sur les inconvénients qu'il présenterait s'agissant des réserves aux traités « normatifs » 224/. Ces thèses ont été maintes fois reprises depuis lors et tournent principalement autour de trois arguments : le régime panaméricain ou « de Vienne » 225/ ne serait pas adapté à ce type de traités et, en particulier, aux traités relatifs aux droits de l'homme, car

- il porterait atteinte à l'intégrité des règles qui y sont énoncées, dont la mise en oeuvre uniforme est essentielle pour la communauté des Etats contractants;
- il serait incompatible avec l'absence de réciprocité dans les engagements pris par les Parties en vertu de ces instruments; et
- il ne préserverait pas l'égalité entre celles-ci.

i) Les problèmes liés à l' « intégrité » des traités normatifs

137. Il est indéniable que le « régime de Vienne » ne garantit pas l'intégrité absolue des traités. Du reste, l'idée même de réserves est incompatible avec une telle conception de l'intégrité 226/; par définition même, une réserve « vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité 227/. Dès lors le seul moyen de préserver complètement cette intégrité est d'interdire purement et simplement toute réserve; ceci, on ne saurait trop

222/ V. *supra* notes 18 et 19.

223/ Cette origine a été soulignée à juste titre par M. Barboza lors de la discussion du Rapport préliminaire (A/CN.4/SR.2404, p. 12).

224/ *Op. cit.* note 112, surtout p. 15-22.

225/ En réalité, les deux régimes diffèrent quelque peu dans leurs modalités de mise en oeuvre; mais leur esprit est identique, si bien qu'ils font l'objet de reproches très similaires.

226/ Comme l'a relevé la C.I.J., « [i]l ne semble pas d'ailleurs que la conception de l'absolue intégrité se soit traduite en une règle de droit international » (avis (*supra* note 46), Rec. 1951, p. 24).

227/ Article 2.1.d) des Conventions de 1969 et 1986.

le répéter, est parfaitement compatible avec les Conventions de 1969 et 1986 228/.

138. Il reste que, dans le silence du traité, les règles consacrées par celles-ci, à défaut de répondre complètement aux préoccupations des défenseurs de l'intégrité absolue des traités normatifs, garantissent en toute hypothèse que l'essentiel du traité est préservé.

139. La disposition de l'article 19.c) interdit en effet la formulation de réserves incompatibles « avec l'objet et le but du traité », ce qui veut dire qu'en aucun cas le traité ne peut être dénaturé par une réserve, contrairement aux craintes parfois exprimées par les tenants de la thèse restrictive 229/. Et il peut résulter de ceci l'interdiction de toute réserve car il est parfaitement concevable qu'un traité portant sur un objet bien précis comporte peu de dispositions formant un tout indissociable. Cette situation est cependant probablement exceptionnelle, ne serait-ce que du fait de la rareté des traités « purement normatifs » 230/.

140. Telle est, cependant, la justification qu'a avancée le représentant du BIT dans son intervention du 1er avril 1968 devant la Conférence de Vienne, à l'appui de l'interdiction, traditionnelle, de toute réserve aux conventions internationales du travail 231/. Selon M. C. Wilfred JENKS,

« I.L.O. practice concerning reservations is based on the principle recognised in Article 16 232/ that reservations incompatible with the object and purpose of the treaty are inadmissible. Reservations to international labour Conventions are incompatible with the object and purpose of these Conventions » 233/ (La pratique de l'OIT en ce qui concerne les réserves est fondée sur le principe reconnu à l'article 16 selon lequel les réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité ne sont pas admissibles. Les réserves aux Conventions internationales du travail sont incompatibles avec l'objet et le but de ces Conventions).

A vrai dire, cette explication paraît assez artificielle et mieux vaut sans doute considérer que, dans ce cas précis, la prohibition des réserves est fondée sur une pratique, qui a, très probablement, acquis une valeur

228/ V. *supra* par. 133.

229/ V. *supra* par. 117.

230/ V. *supra* par. 85.

231/ Sur lesquelles M. Razafindralambo a attiré l'attention lors du débat sur le Rapport préliminaire (cf. A/CN.4/SR.2402, p. 5-6).

232/ Devenu l'article 19 de la Convention.

233/ Le texte de ce discours a été communiqué au Rapporteur spécial par le Conseiller juridique du BIT.

coutumière, elle-même justifiée davantage par la structure tripartite de l'OIT que par l'objet et le but du traité 234/.

141. L'obligation pour l'Etat réservataire de respecter ceux-ci ne constitue pas la seule garantie juridique contre la dénaturation d'un traité, normatif ou non, par le biais de réserves. Il ne saurait, en effet, faire aucun doute que les dispositions portant sur des normes impératives du droit international général (*jus cogens*) ne peuvent faire l'objet de réserves. L'Observation générale n° 24 du Comité des Droits de l'homme rattache cette interdiction à celle de porter atteinte à l'objet et au but du traité :

« Des réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du Pacte » 235/.

Cette formulation est discutable 236/ et, en tout cas, ne peut être généralisée : on peut fort bien concevoir qu'un traité évoque, marginalement une norme de *jus cogens* sans que celle-ci relève de son objet et de son but; une réserve à une telle disposition n'en serait pas moins illicite car l'on ne saurait concevoir qu'un Etat puisse, par le biais d'une réserve à une disposition conventionnelle, se dispenser de l'application d'une règle dont, de toutes manières, le respect s'impose à lui par ailleurs « en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise » 237/.

142. Quel que soit son fondement, la règle n'en est pas moins certaine et peut avoir des effets concrets dans le domaine des droits de l'homme. Il n'est pas douteux en effet que certaines règles protectrices des droits de l'homme présentent un caractère impératif; la Commission du droit international en a d'ailleurs donné deux exemples dans le commentaire du projet d'article 50 (qui allait devenir l'article 53 de la Convention de 1969) dans son rapport

234/ JENKS, dans le même exposé, indiquait d'ailleurs que « [t]he procedural arrangements concerning reservations embodied in the Draft Articles are entirely inapplicable to the I.L.O. by reason of its tripartite character as an organisation in which, in the language of our Constitution, 'representatives of employers and workers' enjoy 'equal status with those of governments' » (les arrangements procéduraux concernant les réserves figurant dans les projets d'articles sont entièrement inapplicables à l'OIT du fait de son caractère d'organisation tripartite dans laquelle, aux termes de notre Constitution : 'les représentants des employeurs et des travailleurs' jouissent d'un 'statut égal à ceux des gouvernements'). V. aussi le Rapport du Directeur général du B.I.T. présenté à la Conférence internationale du Travail en 1921, Conférence internationale du Travail - Troisième session, vol. III, annexe XVIII, p. 1046, et le Mémoire du Directeur général du B.I.T. en date du 15 juin 1927, *supra* (note 125), p. 882.

235/ *Supra* note 86, par. 8.

236/ Cf. les doutes exprimés à cet égard par les Etats-Unis dans leur commentaire (v. *supra* note 87) de l'Observation générale n°24 (p. 148).

237/ Cf. l'article 53 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

de 1966 : l'interdiction du génocide et de l'esclavage 238/. Il reste que ce n'est pas le cas de toutes les règles protectrices de droits de l'homme 239/ et que la détermination de ces normes impératives est malaisée; c'est du reste le défaut majeur de la notion de *jus cogens*. Il n'en demeure pas moins que le principe n'est guère discutable : les dispositions conventionnelles impératives ne peuvent faire l'objet de réserves et, ceci s'ajoutant au respect de l'objet et du but du traité, il en résulte une garantie supplémentaire en faveur de l'intégrité des conventions normatives, notamment en matière de droits de l'homme.

143. Faut-il aller plus loin et considérer que des réserves à des dispositions conventionnelles reprenant des règles de droit international coutumier seraient, dans tous les cas, illicites ? Le Comité des Droits de l'homme l'a affirmé en se fondant sur les caractères particuliers des traités de droits de l'homme :

« Les traités qui constituent un simple échange d'obligations entre Etats autorisent certes ceux-ci à formuler entre eux des réserves à l'application de règles du droit international général, mais il en est autrement dans le cas des instruments relatifs aux droits de l'homme qui visent à protéger les personnes relevant de la juridiction des Etats » 240/.

144. Ceci paraît assez discutable *prima facie*.

145. Certes, sous réserve de plus ample analyse 241/, on peut penser, avec le Comité, que des réserves à des normes coutumières ne sont pas *a priori* exclues : de telles normes obligent les Etats indépendamment de l'expression de leur consentement à la norme conventionnelle mais, à la différence de ce qui se produit dans le cas des normes impératives, les Etats peuvent y déroger par accord *inter se*; de plus, il faut tenir compte du phénomène du « persistent objector » : celui-ci peut certainement refuser d'appliquer la règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général; par ailleurs, comme le fait remarquer le Royaume-Uni dans ses observations sur

238/ Annuaire ... 1966, vol. II, p. 270.

239/ En ce sens, v. M. COCCIA, *op. cit.* (note 96), p. 17; J. McBRIDE, *op. cit.* (note 118), p. 1 et 32 et s.; W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 118), p. 49-50; mais v. les doutes exprimés par Eric SUY, « Droits des traités et droits de l'homme » in Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte - Festschrift für Hermann Mosler, Springer-Verlag, Berlin, 1983, p. 935-939.

240/ Observation générale n° 24 *supra* (note 86), par. 8. (Non sans quelque raison, la France, dans ses commentaires (v. *supra* note 87), fait valoir que « [l]e paragraphe 8 est rédigé de telle manière que le document paraît associer au point de les confondre deux notions juridiques distinctes, celle de « normes impératives » et celle de « règles du droit international coutumier ».)

241/ Cf. *supra* par.74.

l'Observation générale n° 24, « il faut faire une distinction nette entre décider de ne pas assumer d'obligations conventionnelles et essayer de déroger au droit international coutumier » 242/. Mais, si ce raisonnement est exact, on voit mal pourquoi il ne vaudrait pas également s'agissant des réserves aux traités de droits de l'homme.

146. Pour l'établir, le Comité des Droits de l'homme se borne à relever que ces instruments visent à protéger les droits des personnes. Il s'agit là d'une simple pétition de principe : implicitement, le Comité part du postulat que les traités de droits de l'homme ont un caractère législatif, non seulement au sens matériel - ce qui, sous certaines réserves est acceptable 243/ -, mais aussi au sens formel, ce qui ne l'est pas et relève d'un amalgame fort discutable.

147. C'est en effet oublier que ces instruments, même s'ils « visent à protéger les personnes », demeurent des traités : certes, ils bénéficient directement à des particuliers; mais seulement parce que et après que les Etats ont exprimé leur volonté à cette fin. C'est l'expression par l'Etat de son consentement à être lié qui est à l'origine des droits de l'individu. Or la réserve est consubstantielle à ce consentement et, de l'avis du Rapporteur spécial, on ne peut inverser l'ordre des facteurs et poser en principe - ce que fait le Comité - que la règle existe et s'impose à l'Etat, en tout cas au titre du traité alors qu'il n'y a pas consenti. Si, comme l'écrit le Comité, les Etats peuvent « formuler entre eux des réserves à l'application de règles de droit international général », il n'y a pas de raison juridique pour qu'il en aille différemment dans le cas des traités de droits de l'homme; en tout cas, le Comité n'en donne pas.

ii) Les problèmes tenant à la « non-réciprocité » des engagements

148. En réalité, cette question, somme toute assez marginale, de savoir si des réserves à des dispositions conventionnelles reprenant des règles coutumières, sont possibles, en rejoint une autre, de plus vaste portée, qui consiste à se demander si le « régime de Vienne » n'est pas incompatible avec la non-réciprocité qui serait l'une des caractéristiques essentielles des traités de droits de l'homme et, plus généralement, des traités normatifs.

149. Comme on l'a écrit récemment, « [i]n contrast to most multilateral treaties, human rights agreements do not establish a network of bilateral legal relationships among the states parties, but rather an objective regime for the protection of values accepted by all of them. A reservation entered by one state therefore cannot have the reciprocal effect of releasing one or all the other states parties from its or their treaty obligations » 244/

242/ V. *supra* note 87, commentaires, par. 7, p. 154. (On peut cependant s'interroger sur les motifs réels que peut avoir un Etat de procéder ainsi...)

243/ V. *supra* par. 85.

244/ Th. GIEGERICH, *op. cit.* (note 200), English Summary, p. 780; v. aussi not. : Antonio CASSESE, "A New Reservations Clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial

(par contraste avec la plupart des traités multilatéraux, les accords de droits de l'homme n'établissent pas un réseau de relations juridiques bilatérales entre les Etats parties, mais plutôt un régime objectif en vue de la protection de valeurs qu'ils acceptent tous. La réserve d'un Etat ne peut dès lors pas avoir pour effet de relever, à titre de réciprocité un ou tous les autres Etats parties de leurs obligations conventionnelles).

150. Ces prémisses sont en grande partie exactes; mais, si elles peuvent peut-être conduire à penser que les réserves aux traités de droits de l'homme devraient être prohibées ou admises de manière restrictive 245/ - ce qui dépend de la seule décision des Parties contractantes -, elles ne permettent nullement de conclure que le régime commun des réserves est inapplicable à de tels instruments.

151. Il convient en premier lieu de nuancer ces affirmations :

1°. si elles sont exactes, elles ne le sont pas seulement en matière de droits de l'homme et, sans qu'une évaluation quantitative rigoureuse soit possible, on peut se demander si les traités normatifs ne constituent pas la catégorie la plus nombreuse des traités multilatéraux conclus de nos jours;

2°. certes, les traités de droits de l'homme supposent que les Parties acceptent des valeurs communes, mais la question demeure ouverte de savoir s'ils doivent nécessairement accepter toutes les valeurs véhiculées par un traité de droits de l'homme complexe;

3°. en outre, force est d'admettre que la réciprocité n'est pas totalement absente des traités normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme 246/.

152. Il n'en reste pas moins qu'elle y est certainement moins omniprésente que dans les autres traités et que, comme l'a relevé la Commission européenne des droits de l'homme, les obligations résultant de tels traités « ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers » 247/. Ou, selon les termes de la Cour interaméricaine :

Discrimination", in Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, I.U.H.E.I., Genève, 1968, p. 268; Belinda CLARK, *op. cit.* (note 205), p. 296; Rebecca J. COOK, *op. cit.* (note 128), p. 646; etc.

245/ V. *supra* section 1, paragraphe 3, par. 97 à 105.)

246/ V. *supra*, par. 85.

247/ Affaire *Autriche c. Italie*, décision sur la recevabilité, 11 janv. 1961, Ann. C.E.D.H., 1961, p. 141; v. aussi *supra* (note 81) Avis consultatif, par. 30.

"In concluding these human rights treaties, the States can be deemed to submit themselves to a legal order within which they, for the common good, assume various obligations not in relation to other States, but towards all individuals within their jurisdiction" 248/.

153. Toutefois, et en second lieu, il est fort douteux qu'il résulte de cette particularité une inapplicabilité de principe du régime des réserves.

154. Certes, par la force des choses et de la nature même des clauses « non-réciproques » sur lesquelles portent la réserve, « [t]he reciprocal function of the reservation mechanism is almost meaningless » 249/ (« la fonction de réciprocité du mécanisme des réserves perd pratiquement toute sa signification »). « It would be simply absurd to conclude that the objections by the various European states to the United States reservations on the death penalty discharge them from their obligations under Articles 6 and 7 [of the 1966 Covenant on Civil and Political Rights] as concerns the United States, and this is surely not their intention in making the objection » 250/ (« Il serait tout simplement absurde de conclure des objections faites par divers Etats européens aux réserves américaines concernant la peine de mort que celles-ci les dispensent de respecter leurs obligations en vertu des articles 6 et 7 [du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques] à l'égard des Etats-Unis, et telle n'était surement pas leur intention en faisant l'objection »).

155. Mais tout ce que l'on peut déduire de ceci est que lorsqu'un Etat formule une réserve à une disposition d'un traité qui doit s'appliquer sans réciprocité, les dispositions de l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne trouvent pas à s'appliquer; rien de plus. Il en va du reste de même lorsque ce n'est pas la disposition sur laquelle porte la réserve, mais la réserve elle-même qui, par nature, ne se prête pas à la réciprocité 251/. Tel est le cas, des réserves à portée territoriale : il n'est guère concevable, par exemple, que la France puisse répondre à une réserve par laquelle le Danemark se réserverait de ne pas appliquer un traité au Groenland, en décidant de ne pas mettre en oeuvre ledit traité à ses propres départements d'outre-mer. De plus, d'une façon très générale, le principe de réciprocité suppose « une certaine égalité de situation entre

248/ V. *supra* (note 81), Avis consultatif 2/82, par. 29. (En concluant ces traités de droits de l'homme, les Etats se soumettent à un ordre juridique au sein duquel ils assument, pour le bien commun, diverses obligations non pas en relation avec d'autres Etats, mais à l'égard des individus placés sous leur juridiction" - traduction non officielle.)

249/ Rosalyn HIGGINS, « Human Rights: Some Questions of Integrity », *M.L.R.* 1989, p. 9; v. aussi *op. cit.* (note 99), p. 13-14 (version dact.).

250/ W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 118), p. 65. Dans le même sens, v. G.G. FITZMAURICE, *op. cit.* (note 112), p. 15-16 ou R. HIGGINS, *op. cit.* (note 98), p. 13.

251/ V. en ce sens P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 258 et les exemples assez divers donnés par cet auteur, p. 258-260.

les parties, afin qu'il soit possible à un Etat de 'répondre' à une réserve » 252/.

156. Mais, si ce n'est par « décret doctrinal », la réciprocité n'est pas une fonction inhérente à un régime de réserves dont elle ne constitue nullement l'objet 253/. La conciliation entre intégrité et universalité du traité est réalisée par la préservation de son objet et de son but, indépendamment de toute considération liée à la réciprocité des engagements des Parties et l'on ne voit pas pourquoi l'on réintroduirait par le biais des réserves une réciprocité que la convention exclut.

157. De deux choses l'une en effet :

- ou bien, la disposition sur laquelle porte la réserve présente un caractère synallagmatique; dans ce cas, l'équilibre exact des droits et des obligations de chacun est garanti par le jeu des réserves, des acceptations et des objections; et le paragraphe 3 de l'article 21 peut et doit recevoir pleinement application;
- ou bien, la disposition est « normative » ou « objective » et les Etats n'attendent pas de réciprocité pour les engagements pris par eux; il est vain alors de s'interroger sur les atteintes à une « réciprocité » qui ne constitue pas une condition de l'engagement des Parties; et les dispositions de l'article 20, paragraphe 3, ne présentent aucune pertinence; on ne peut tout simplement pas dire ici que la réserve soit « établie à l'égard d'une autre Partie ».

158. Il n'en résulte pas que le régime des réserves institué par les Conventions de Vienne ne trouve pas à s'appliquer dans cette seconde hypothèse :

- les limitations mises par l'article 19 à la liberté de formuler des réserves conservent toute leur raison d'être;
- conformément à l'article 20, paragraphe 4.b), il est toujours loisible à un Etat objectant de refuser que le traité entre en vigueur entre lui-même et l'Etat réservataire;
- et même s'il n'en va pas ainsi, les objections ne sont pas dépourvues d'effet; elles peuvent en particulier jouer un grand rôle dans l'interprétation du traité tant par les organes qu'il institue éventuellement 254/ que par des mécanismes extérieurs de

252/ *Ibid.*

253/ *V. supra* par. 1.

254/ *V. en ce sens P.-H. IMBERT, op. cit. (note 117) et les exemples cités p. 116-117 (H.R.R. 1981, p. 37-38); v. aussi : B. CLARK, op. cit. (note 205), p. 318 ou W.A. SCHABAS, op. cit. (note 212), p. 313-314.*

règlement des différends 255/, voire par des juridictions nationales.

iii) Les problèmes relatifs à l'égalité entre les Parties

159. De nombreux auteurs lient les prétendus problèmes liés à la réciprocité aux atteintes que porterait le régime des réserves institué par les Conventions de Vienne au principe de l'égalité entre les Parties aux traités normatifs. Le Professeur Pierre-Henri IMBERT résume cette thèse 256/ ainsi : « Cette absence de réciprocité a pour résultat que les réserves peuvent porter atteinte à un autre principe fondamental : celui de l'égalité entre les Parties contractantes. En effet, les Etats qui n'ont pas formulé de réserves sont tenus d'observer intégralement le traité, y compris les dispositions à l'application desquelles l'Etat réservataire s'est soustrait. Ce dernier se trouvera donc dans une situation privilégiée [...]. Or cette inégalité ne peut être compensée par des objections aux réserves, puisque de toute manière l'Etat objectant sera obligé de remplir toutes ses obligations, même s'il refuse d'être lié avec l'Etat réservataire » 257/.

160. Dans son premier rapport, sir Humphrey WALDOCK a contesté cet argument en faisant valoir qu'

« il ne faut pas attacher trop d'importance à cette question. Car normalement, un Etat qui souhaite formuler une réserve aura tout autant l'assurance que les Etats qui ne formulent pas de réserves seront tenus de se conformer aux dispositions du traité en raison de leurs obligations envers les autres Etats 258/, même s'il demeure lui-même complètement étranger au traité. En participant au traité compte tenu de sa réserve, l'Etat qui la formule se soumet du moins dans une certaine mesure au régime du traité. La situation de l'Etat qui ne formule pas de réserve n'est nullement aggravée si l'Etat qui a formulé une réserve

255/ Dans l'affaire *Loizidou* (*supra* note 80), la Cour européenne des Droits de l'homme s'est fondée sur "[l]a réaction ultérieure de plusieurs Parties contractantes aux déclarations turques" pour considérer que la Turquie "n'ignorait pas la situation juridique" créée par des déclarations qu'elle a jugées illicites (par. 95).

256/ dont sir Gerald FITZMAURICE a été l'un des zéloteurs (cf. *op. cit.* (note 112), p. 16 ou « The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: Treaty Interpretation and other Treaty Points », *B.Y.B.I.L.* 1957, p. 278, 282 et 287).

257/ *Op. cit.* (note 127), p. 110. La C.D.I. s'est montrée sensible à cet argument dans son Rapport de 1951 (*supra* note 47) dans lequel elle a relevé que, par les traités normatifs (de « caractère législatif »),

« chaque Etat accepte des restrictions à sa propre liberté d'action, étant entendu que les autres Etats participants acceptent les mêmes restrictions dans des conditions d'égalité » (par. 22).

258/ Et, pourrait-on ajouter, de la nature même du traité.

devient partie au traité dans une mesure limitée, du fait de sa réserve » 259/.

La réserve ne crée pas l'inégalité, elle l'atténue en permettant à son auteur, qui serait, sans elle, demeuré étranger au cercle des Parties contractantes, d'être partiellement lié par le traité 260/.

161. Une fois la réserve 261/ formulée, les articles 19 et suivants des Conventions de Vienne garantissent l'égalité des Parties contractantes en ce sens que :

- « La réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres Parties au traité dans leurs rapports *inter se* » (article 21, paragraphe 2); et que
- ces autres Parties peuvent formuler une objection et en tirer les conséquences qu'elles jugent bonnes.

Or, en vertu de l'article 20, paragraphe 4, l'Etat objectant peut rétablir l'égalité qu'il estime menacée par la réserve, en empêchant l'entrée en vigueur du traité entre l'Etat réservataire et lui-même. Les deux Etats se retrouvent de ce fait dans la situation où ils auraient été si l'Etat réservataire n'avait pas exprimé son consentement à être lié par le traité.

162. Au surplus, tant l'argument fondé sur l'atteinte à l'égalité entre les Parties que celui tiré de la non-réciprocité sont difficilement compréhensibles en ce sens que l'on voit mal pourquoi et comment ils devraient trouver application s'agissant de traités qui, précisément, ne reposent pas sur la réciprocité des obligations des Parties mais constituent plutôt des faisceaux d'engagements unilatéraux tendant aux mêmes fins. Il est illogique de suggérer que chaque Partie contractante n'accepte de se lier que « parce que les autres feront de même, puisque ses obligations ne sont en rien la contrepartie de celles assumées par les autres » 262/. Et il n'est pas peu paradoxal que ce soient précisément les auteurs qui insistent le plus sur le caractère non-réciproque des traités normatifs et, d'abord, des instruments de

259/ Annuaire ... 1962, vol. II, p. 73. La Commission a endossé ce raisonnement (cf. ses rapports à l'Assemblée générale de 1962 -*ibid.*, p. 198- et 1966 - Annuaire ... 1966, vol. II, p. 224).

260/ M. CASSESE met, à juste titre, l'accent sur les atteintes à l'égalité qui pourraient résulter de la mise en oeuvre de certains mécanismes "collégiaux" de contrôle de la licéité des réserves (*op. cit.*, note 244, p. 301-302). Mais il s'agit d'un tout autre problème, qui concerne la rupture éventuelle de l'égalité *entre les Etats réservataires* et qui, au demeurant résulte non du "régime de Vienne" (qui n'est pas collégial) mais, justement, de sa mise à l'écart.

261/ Dont il ne faut pas oublier qu'elle est une déclaration *unilatérale* (article 2.1.d) de la Convention de 1969).

262/ P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 372.

droits de l'homme, qui invoquent aussi l'atteinte à la réciprocité et à l'égalité qui résulterait de la formulation de réserves : comment des réserves pourraient-elles porter atteinte à la réciprocité ... d'engagements non réciproques?

Conclusion de la section 2 : Le « régime de Vienne » est généralement applicable

163. Au terme de cet examen, il apparaît que :

1°. le régime des réserves consacré par les Conventions de 1969 et 1986 a été conçu par ses auteurs comme pouvant et devant s'appliquer à tous les traités multilatéraux, quel que soit leur objet 263/, exception faite de certains traités conclus entre un nombre restreint de Parties et des actes constitutifs d'organisation internationale, pour lesquels des dérogations limitées ont été prévues;

2°. ce régime est, par sa souplesse et sa flexibilité, adapté aux particularités des traités normatifs, y compris aux instruments relatifs aux droits de l'homme 264/;

3°. à défaut d'assurer leur intégrité absolue, ce qui ne serait guère compatible avec la définition même des réserves, il préserve l'essentiel de leur contenu et garantit que celui-ci n'est pas dénaturé;

4°. cette conclusion n'est pas contredite par les arguments fondés sur la prétendue atteinte aux principes de réciprocité et d'égalité entre les Parties : si atteinte il y avait, elle serait le fait des réserves elles-mêmes et non des règles qui leur sont applicables; au surplus, ces objections ne sont guère compatibles avec la nature même des traités normatifs, qui, précisément, ne reposent pas sur la réciprocité des engagements pris par les Parties;

263/ Pour reprendre la formule utilisée par M. Rao lors de la discussion du Rapport préliminaire, il réalise « une certaine diversité dans l'unité » (A/CN.4/SR.2404, p. 20).

264/ Telle a été, du reste, la position de la plupart des Etats dont les représentants se sont exprimés sur ce point à la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale; v. not. : les interventions au nom de l'Algérie (A/C.6/50/SR.23, par. 65), de l'Inde (A/C.6/50/SR.24, par. 43) ou du Sri Lanka (*ibid.*, par. 82) qui ont insisté sur l'unité souhaitable du régime des réserves, ou des Etats-Unis (A/C.6/50/SR.13, par. 50 à 53), du Pakistan (A/C.6/SR.18, par. 62), de l'Espagne (A/C.6/50/SR.22, par. 44), de la France (*ibid.*, par. 54), d'Israël (A/C.6/50/SR.23, par. 15), de la République tchèque (*ibid.*, par. 46) ou du Liban (A/C.6/50/SR.25, par. 20) qui ont écarté l'idée d'un régime spécial pour les traités de droits de l'homme; v. également les interventions, plus hésitantes, des délégués de l'Australie (A/C.6/50/SR.24, par. 10) et de la Jamaïque (*ibid.*, par. 19 et 21).

5°. il n'est pas nécessaire de prendre parti sur l'opportunité d'autoriser des réserves aux dispositions normatives, y compris en matière de droits de l'homme : si l'on estime qu'elles doivent être prohibées, les Parties ont toute liberté de les exclure ou de les limiter en tant que de besoin en incluant une clause expresse en ce sens dans le traité, ce qui est parfaitement compatible avec les règles de Vienne qui n'ont qu'un caractère supplétif.

Section 3. La mise en oeuvre du régime général des réserves (l'application du « régime de Vienne » aux traités de droits de l'homme)

164. Les controverses actuelles relatives au régime de réserves applicable aux traités de droits de l'homme 265/ reposent probablement, en partie au moins, sur un malentendu : malgré ce qu'ont pu faire croire certaines formules ambiguës ou maladroites, les organes de contrôle institués par les instruments de droits de l'homme ne contestent pas, dans son principe, l'applicabilité à ces traités des règles relatives aux réserves figurant dans les Conventions de Vienne et, en particulier, elles ne nient pas que leur licéité doive être appréciée, dans le silence du traité, en fonction du critère fondamental de l'objet et du but du traité. Les véritables problèmes sont ailleurs et tiennent à l'existence et à l'étendue des pouvoirs de contrôle de ces organes à cet égard.

Paragraphe 1. Le critère fondamental de l'objet et du but du traité

165. L'examen de la pratique suivie par les Etats et par les organisations internationales, et de celle des organes de contrôle de la mise en oeuvre des traités, y compris des traités relatifs aux droits de l'homme, confirme que le régime des réserves consacré par les Conventions de Vienne est non seulement généralement applicable, mais aussi qu'il est très généralement appliqué. Il montre en particulier que le critère de l'objet et du but du traité, consacré par l'article 19.c), est mis en oeuvre à titre principal dans le silence des traités, à titre complémentaire lorsqu'existent des clauses de réserves.

166. Bien qu'il eût marqué le point de départ de l'évolution radicale qu'a connu le régime de réserve au plan universel 266/, l'avis consultatif rendu en 1951 par la C.I.J. l'a été à propos des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948. Et ce sont les particularités de ce traité qui ont conduit la Cour à prendre ses distances par rapport au système indiscutablement dominant à l'époque 267/ de

265/ V. *supra* par. 56 à 60.

266/ Cf. Karl ZEMANEK, « Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties », in Jerzy MAKARCZYK ed., Etudes de droit international en l'honneur du Juge Manfred LACHS, Nijhoff, La Haye, 1984, p. 327.

267/ comme le montre de façon convaincante l'opinion dissidente commune citée *supra* (note 180), C.I.J. Rec. 1951, p. 32-42.

l'acceptation unanime des réserves au profit de celui, plus souple, de l'Union panaméricaine :

- la Cour a strictement limité ses réponses aux questions posées, qui concernaient exclusivement la Convention de 1948 :

« Les questions [posées par l'Assemblée générale] ayant [...] un objet nettement défini, les réponses que la Cour est appelée à y faire sont nécessairement et strictement limitées à ladite Convention » 268/;

- elle s'est, expressément référée aux caractères particuliers de cette Convention :

« Le caractère d'une convention multilatérale, son objet, ses dispositions, son mode d'élaboration et d'adoption sont autant d'éléments qui doivent être pris en considération pour apprécier dans le silence de la convention, la possibilité de formuler des réserves ainsi que pour en apprécier la régularité et les effets » 269/; et

- elle a insisté sur le « but purement humain et civilisateur » poursuivi par les Parties et leur absence d' « intérêts propres » 270/,

- pour conclure :

« L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base » 271/.

167. Ce sont donc les difficultés liées aux réserves à un traité de droits de l'homme, éminemment « normatif », qui ont été à l'origine de la définition du régime actuel. Comme l'a fait remarquer le Royaume-Uni dans son commentaire de l'Observation générale n° 24 du Comité des Droits de l'homme, « [c]'est précisément en raison de ces caractéristiques de la Convention sur le génocide, et compte tenu du fait qu'il était souhaitable qu'un grand nombre

268/ *Ibid.* p. 20; v. aussi le dispositif, p. 29-30. Plusieurs exposés devant la Cour ont insisté sur ce point; tel fut le cas notamment de l'exposé écrit des Etats-Unis (C.I.J., Mémoires..., p. 33 et 42-47); ceci mérite d'autant plus d'être relevé que ce pays pratiquait alors la règle du consentement unanime dans l'exercice de ses fonctions d'Etat dépositaire (cf. P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 61, note 98).

269/ *Ibid.* p. 22; v. aussi p. 23.

270/ *Ibid.* p. 23; v. *supra* par. 114.

271/ *Ibid.* p. 24.

d'Etats y adhèrent, que la Cour a adopté son approche à l'égard des réserves » 272/.

168. Le Juge Rosalyn HIGGINS fait remarquer à cet égard :

« Although the Genocide Convention was indeed a 'human rights treaty', the Court was in 1951 concerned with the broad distinction between 'contract treaties' and 'normative treaties'. And the issue it was addressing was whether the old unanimity rule on reservations would prevail, and whether the contract/normative distinction was relevant to this answer. The only questions put to the Court related to the legal consequences, between ratifying States of reservations made that had been objected to (and sometimes objected to by some States but not by others). »

« The Court favoured a 'flexible' answer, rather than the unanimity rule, in respect of the precise questions asked to it; and it found no difference in that regard between contract and normative treaties ».

(Bien que la Convention sur le génocide fût, assurément, un 'traité de droits de l'homme', la Cour s'occupait, en 1951, de la distinction générale entre 'traités contrats' et 'traités normatifs'. Le problème qui lui était posé était de savoir s'il fallait faire prévaloir la vieille règle de l'unanimité, et si la distinction entre 'contractuel' et 'normatif' était pertinente pour donner cette réponse. Les seules questions qui lui étaient posées avaient trait aux conséquences juridiques, entre les Etats ayant ratifié le traité, de réserves qui avaient suscité des objections (parfois de la part de certains Etats et non des autres).

La Cour, compte tenu des questions précises qui lui étaient posées, s'est montrée favorable à une réponse « souple » plutôt qu'à la règle de l'unanimité; et elle a estimé qu'il n'existait pas de différence à cet égard entre les traités contrats et les traités normatifs).

Mais, ajoute-t-elle,

« that cannot be said to determine the very different question : in a human rights treaty, in respect of which a monitoring body has been given certain functions, is it implicit in its functions and in the operation of the principles of Article 19(3) of the Vienna Convention, that the treaty body rather than contracting States should decide whether a reservation is or is not compatible with the objects and purpose of the treaty? » 273/ (ceci ne donne pas la réponse à une question toute différente : s'agissant d'un traité de droits de l'homme, par rapport auquel un organe de surveillance s'est vu reconnaître certaines fonctions, peut-on déduire de ces fonctions et des principes posés par l'article 19 (3) de la Convention de Vienne, que cet organe institué par le traité, et non les Etats contractants, devrait décider si une réserve est ou non compatible avec les objets et le but du traité).

272/ Commentaires (*supra* note 87), par. 4, p. 152.

273/ *Op. cit.* (note 98), p. 6 (version dact.); souligné dans le texte.

169. Cette question est, en effet, différente et fera l'objet d'un examen détaillé ci-après 274/. Mais, en ce qui concerne le problème étudié ici, on peut constater que Mme HIGGINS admet que l'on peut déduire de l'avis de 1951 que la Cour a rejeté la distinction entre « traités contrats » et « traités normatifs » en vue de la mise en oeuvre du régime de réserves et qu'elle considère que l'Observation générale n° 24, à l'élaboration de laquelle elle a pris une part déterminante 275/, ne rejette pas cette conclusion.

170. Il est d'ailleurs très remarquable que le Comité des Droits de l'homme lui-même ait, dans cette Observation générale, considéré que, dans le silence du Pacte sur les droits civils et politiques, « [l]a question des réserves [...] est régie par le droit international » 276/ et, pour le déterminer, se soit expressément référé au paragraphe 3 de l'article 19 de la Convention de 1969. Il est vrai qu'il affecte de n'y voir que des « orientations utiles » 277/; mais le Comité ajoute aussitôt, dans une note de bas de page :

« Bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités ait été conclue en 1969 et soit entrée en vigueur en 1980, c'est-à-dire après le Pacte, ses dispositions reflètent dans ce domaine le droit international général qui avait déjà été affirmé par la Cour internationale de Justice dans l'avis rendu en 1951 sur les Réserves à la Convention sur le génocide » 278/;

et il fait application de cette disposition pour se prononcer sur l'admissibilité des réserves au Pacte 279/ en ajoutant :

« Bien que, contrairement à d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, le Pacte ne fasse pas expressément référence au critère de la compatibilité avec son objet et son but, la question de l'interprétation et [de] l'acceptabilité des réserves est régie par ce critère » 280/.

Le Comité a, à nouveau, mis en oeuvre ce critère en 1995, lors de l'examen du premier Rapport des Etats-Unis; faisant application des principes énoncés dans l'Observation générale n° 24, il a relevé que certaines réserves

274/ V. paragraphe 2 *infra* et, en particulier, le par. 178.

275/ Cf. CCPR/C/SR.1366, par. 53, CCPR/C/SR.1380, par. 1 ou CCPR/C/SR.1382, par. 1.

276/ Observation générale *supra* (note 86), par. 6.

277/ *Ibid.*

278/ *Ibid.* note 3.

279/ Il n'est pas dans la vocation du présent Rapport de discuter le bien-fondé de cette application.

280/ Observation générale *supra* (note 86), par. 6.

des Etats-Unis au Pacte 281/ « lui paraissent incompatibles avec les fins de cet instrument » 282/;

171. Cette conviction semble être absolument générale y compris en cas d'absence de clauses de réserves. Ainsi, alors même que la pratique de l'OIT, qui se traduit par une interdiction des réserves aux conventions internationales du travail, s'explique, en réalité, par d'autres considérations, cette Organisation ne la justifie pas moins par des motifs tirés du respect de l'objet et du but de ces instruments 283/. De même, en 1992, les Présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont noté que certaines des réserves formulées « posent de graves questions quant à leur compatibilité avec l'objet et le but des instruments en question » 284/ et, de façon plus caractéristique encore, ils ont, en 1994, recommandé à ces organes

« de déclarer clairement que certaines réserves à des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont contraires à l'objet et au but de ces instruments et par conséquent incompatibles avec le droit des traités » 285/;

il convient de noter que, ce faisant, ils se sont adressés indifféremment aux organes chargés de suivre la mise en oeuvre de traités contenant ou ne contenant pas de clause de réserves, manifestant ainsi leur conviction que ce critère constitue un principe d'application générale.

172. Cette même conviction est attestée par la rédaction même des clauses de réserves figurant dans les instruments internationaux, dont la diversité a déjà été soulignée 286/. Toutefois, en dépit de cette diversité, le souci constant de leurs rédacteurs de promouvoir un régime de réserves calqué sur celui de l'article 19 des Conventions de Vienne 287/ est très frappant :

281/ en particulier les réserves aux articles 6.5 et 7.

282/ Examen des rapports présentés par les Etats parties conformément à l'article 40 du Pacte, Observations du Comité des droits de l'homme, « Etats-Unis d'Amérique », CCPR/C/79/Add.50, 7 avril 1995, par. 14; v. aussi le Rapport du Comité *supra* (note 87), par. 279; v. également les commentaires du Président du Comité, M. AGUILAR, lors de l'examen du Rapport, CCPR/C/SR.1406, par. 2 à 5.

283/ V. *supra* par. 140.

284/ V. le Rapport A/47/628 *supra* (note 83), par. 60; v. aussi le par. 36.

285/ V. le Rapport A/49/537 *supra* (note 83), par. 30.

286/ V. *supra* par. 125.

287/ ou, pour les traités antérieurs, sur le « régime souple » d'origine pan-américaine et repris dans l'avis de la C.I.J. de 1951.

- à la connaissance du Rapporteur spécial, c'est dans le domaine des droits de l'homme que l'on trouve l'unique clause conventionnelle renvoyant expressément aux dispositions de la Convention du 23 mai 1969 relatives aux réserves 288/;
- de nombreux traités de droits de l'homme font expressément référence à l'objet et au but comme critère d'appréciation de la licéité des réserves 289/; et
- il résulte des travaux préparatoires des traités qui ne contiennent pas de clauses de réserves que ce silence doit être interprété comme un renvoi, implicite mais délibéré, au régime de droit commun consacré par la Convention du 23 mai 1969.

173. L'exemple du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques est, ici encore, très parlant : après de longues tergiversations 290/, il fut décidé de ne pas y inclure de clause de réserves, mais ce silence doit être interprété non pas comme un rejet des réserves, mais comme la traduction de la volonté des négociateurs de s'en remettre au « principe de droit international accepté » selon lequel tout Etat est en droit de « formuler des réserves à un traité multilatéral [...] à condition que ces réserves ne soient pas incompatibles avec le but et l'objet du traité » 291/.

174. Pour sa part, la Convention de Rome de 1950, comporte une clause de réserves; mais celle-ci ne fait pas allusion à ce critère 292/. Selon certains auteurs, l'opinion selon laquelle les réserves à cet instrument doivent non seulement respecter les conditions posées à l'article 64, mais aussi être conformes au but et à l'objet de cet instrument, « semble difficile à

288/ Article 75 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme (*supra* note 48); dans son avis consultatif de 1983 sur les restrictions à la peine de mort (*supra* note 81), la Cour interaméricaine des droits de l'homme a apprécié la licéité des réserves du Guatemala aux paragraphes 2 et 4 de l'article 4 de la Convention de San José en fonction de leur compatibilité avec son objet et son but.

289/ V. les exemples donnés *supra* note 49.

290/ V. P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 223-224 et Rosalyn HIGGINS, « Derogations under Human Rights Treaties », B.Y.B.I.L. 1976-1977, p. 317-318.

291/ Assemblée générale, vingt et unième session, Rapport de la Troisième Commission, A/6546; v. aussi les déclarations des représentants de plusieurs Etats cités par P.-H. IMBERT, *ibid.*, p. 224 et 411-412.

292/ Article 64 : « 1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article; 2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause ».

soutenir » 293/. Néanmoins, la Commission - très nettement - et la Cour - de façon moins claire - européennes des Droits de l'homme n'en examinent pas moins les réserves dont la licéité est contestée devant elles à la lumière du critère fondamental de l'objet et du but du Traité 294/. Ceci qui paraît fort logique - sauf à admettre qu'une réserve peut dénaturer le sens d'un traité -, atteste de l'universalité du critère de l'objet et du but, et semble impliquer que tout traité comporte une clause implicite limitant en ce sens la possibilité de formuler des réserves.

175. Les objections des Etats aux réserves à des traités de droits de l'homme sont, elles aussi, souvent expressément motivées par l'incompatibilité de ces réserves avec l'objet et le but de ces instruments. Ceci mérite d'autant plus d'être relevé que, d'une manière générale, les Etats se montrent peu enclins à formuler des objections 295/ et que, lorsqu'ils le font, ils les motivent rarement 296/. Il est donc fort symptomatique que, par exemple, neuf Etats parties à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes 297/ aient motivé ainsi leurs objections à

293/ William A. SCHABAS, commentaire de l'article 64, in Louis-Edmond PETTITI, Emmanuel DECAUX et Pierre-Henri IMBERT dirs., La Convention européenne des droits de l'homme - commentaire article par article, Economica, Paris, 1994, p. 938; contra: J. VELU et R. ERGEG, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 159-160.

294/ V. la décision de la Commission dans l'affaire *Chrysostomos et as. c. Turquie*, supra (note 80), par. 19 ou l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Loizidou*, (supra *ibid.*), dans lequel la Cour se fonde sur l'objet et le but des articles 25 et 46 de la Convention mais en se référant davantage, semble-t-il, aux règles relatives à l'interprétation des traités qu'à celles concernant les réserves (cf. par. 73 et 75). Dans l'affaire *Temeltasch c. Suisse*, (supra *ibid.*), la Commission a estimé que les dispositions de la Convention sur le droit des traités du 23 mai 1969 énonçaient essentiellement des règles coutumières en matière de réserves (par. 68) et s'est fondée sur la définition de l'article 2.1.d) de celle-ci pour apprécier la véritable nature d'une déclaration interprétative de l'Etat défendeur (par. 69 et s.); v. sur ce point M. COCCIA, *op. cit.* (note 96), p. 14-15.

295/ Cf. M. COCCIA, *ibid.*, p. 34-35 et appendice p. 50-51; P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 419-434 ou D. SHELTON, *op. cit.* (note 207), p. 227-228;

296/ Cf. D. BOWETT, « Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties », B.Y.B.I.L. 1976-1977, p. 75; C. REDGWELL, *op. cit.* (note 97), p. 276 ou K. ZEMANEK, *op. cit.* (note 266), p. 334; v. également les remarques du Comité des Droits de l'homme dans l'Observation générale n° supra (note 86), par. 17.

297/ Allemagne, Autriche, Canada, Finlande, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Portugal et Suède,

l'encontre de certaines réserves 298/, l'un d'eux 299/ se référant expressément à l'article 19.c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités 300/. De même, plusieurs objections à des réserves au Pacte des droits civils et politiques ont été justifiées par l'incompatibilité de celles-ci avec l'objet et le but de ce traité. Ainsi, les onze Etats européens qui ont émis des objections à l'encontre des réserves des Etats-Unis 301/, ont justifié leur position par l'incompatibilité de certaines de ces réserves avec l'objet et le but soit du Pacte dans son ensemble, soit de certaines de ses dispositions 302/.

176. Il n'est donc pas douteux que « there is a general agreement that the Vienna principle of 'object and purpose' is the test » 303/ (il existe un accord général pour considérer que le principe 'de l'objet et du but' est le critère). En ce qui concerne ce point fondamental, élément central du « système souple » retenu par la C.I.J. en 1951 et consacré par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986, la nature particulière des traités de droits de l'homme ou, plus généralement, des traités normatifs n'a donc pas d'incidence sur le régime des réserves.

Paragraphe 2. Les mécanismes de contrôle de l'application du régime des réserves

177. L'un des principaux "mystères" du régime des réserves institué par les Conventions de Vienne sur le droit des traités tient, sans aucun doute, aux relations qui existent, ou qui pourraient exister, ou qui devraient exister, entre l'article 19 d'une part et ceux qui le suivent d'autre part. Il ne saurait être question, dans le cadre du présent Rapport, de tenter de le

298/ Notamment celles du Bangladesh, du Brésil, de l'Egypte, de l'Inde, de l'Iraq, de la Jamaïque, de la Jamahiriya arabe libyenne, de la Jordanie, du Malawi, des Maldives, du Maroc, de Maurice, de la Nouvelle-Zélande, de la République de Corée, de la Thaïlande et de la Tunisie.

299/ Le Portugal.

300/ Sur ces objections (et, plus généralement sur les réserves à la Convention du 18 décembre 1979), v. B. CLARK, *op. cit.* (note 205), p. 299-302 ou R. COOK, *op. cit.* (note 128), p. 687-707; v. aussi: Anna JENEFSKY, "Permissibility of Egypt's Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women", Maryland Journal of International Law and Trade, p. 199-233.

301/ V. *supra* par. 170. Ces Etats sont l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède.

302/ V. W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 212), p. 310-314; pour d'autres exemples, v. *ibid.* p. 289.

303/ R. HIGGINS, *op. cit.* (note 98), p. 9 (version dact.).

dissiper, ce qui reviendrait à prendre parti prématurément dans la querelle de l'"opposabilité" et de l'"admissibilité" 304/.

178. Il suffit d'ailleurs peut-être de constater que, "[d]e façon générale, la plupart des problèmes posés par l'alinéa c) de l'article 19 disparaissent dans la pratique..." 305/; et que les modalités et les effets du contrôle de la licéité des réserves sont des problèmes d'abord pratiques. Toutefois, il ne serait pas exact de dire qu'ils "disparaissent" lorsqu'un traité institue un mécanisme de surveillance de son application. Aux incertitudes inhérentes au "régime de Vienne" s'en superposent en effet d'autres, auxquels les rédacteurs des Conventions de 1969 et de 1986 ne semblent pas avoir pensé 306/, et qui tiennent à la concurrence des systèmes de contrôle de la licéité des réserves qui peuvent être envisagés : conformément aux règles -plus "floues" que "souples" sur ce point-, qui résultent de ces conventions, d'une part, ou par ces mécanismes de surveillance eux-mêmes, d'autre part? Et si la réponse à cette première question conduit à faire une place à ceux-ci, une seconde surgit aussitôt : quel est ou quel doit être l'effet du contrôle qu'ils effectuent?

304/ V. *supra* par. 42 à 45 et Rapport préliminaire (*supra* note 2), par. 97 à 108 et 115 à 123.

305/ P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 138.

306/ Comme l'a écrit Rosalyn HIGGINS : "This question was simply never before the International Court in the *Reservations* case - nor at issue in the preparation of the Vienna Convention. Indeed, it could not have been. Neither in 1951 nor in 1969 did there exist a web of multilateral human rights treaties with their own treaty bodies. That phenomenon was to come later" (La question ne s'est tout simplement pas posée à la Cour internationale dans l'affaire des *Réserves* - et elle n'était pas non plus à l'ordre du jour durant la préparation de la Convention de Vienne. Ni en 1951, ni en 1969, il n'existait un réseau de traités multilatéraux de droits de l'homme possédant leurs propres organes conventionnels. Ce phénomène ne s'est produit qu'ultérieurement) (*op. cit.* note 98; v. aussi *supra*, par. 168); dans le même sens: D. SHELTON, *op. cit.* (note 207), p. 229. Certains commentateurs n'ont cependant pas caché très tôt leur perplexité sur ce point; v. par exemple A. MARESCA : "Perplexità possono sorgere, ed interrogativi possono porsi, in particolare su *tre punti della codificata normativa*: (a) a quale soggetto, a quale organo, a quale ente competente, il potere di valutare se la formulata riserva sia *compatibile*, oppure no, con l'oggetto e con il fine del trattato?... " (La perplexité peut surgir et des questions peuvent se poser, en particulier à propos de *trois éléments de la norme codifiée*: (a) quel sujet, quel organe, quelles entités se voient investis du pouvoir d'apprécier si la réserve formulée est *compatible* ou non avec l'objet et le but du traité?...) (*op. cit.*, note 43, p. 304; italiques dans le texte).

A. L'appréciation de la licéité des réserves par les organes de surveillance

179. Comme on l'a vu 307/, le "régime de Vienne", conçu pour être d'application générale, est adapté, quant au fond, aux exigences particulières des traités de droits de l'homme et les mécanismes généraux d'appréciation de la licéité des réserves trouvent également à s'appliquer aux réserves formulées dans ce domaine. Mais, parallèlement, se sont développés, depuis une quinzaine d'années, des contrôles complémentaires, effectués directement par les organes de surveillance des instruments de droits de l'homme, et dont l'existence, sinon la licéité, peut difficilement être remise en cause, ce qui pose le problème de la coexistence et de la combinaison de ces deux types de contrôle.

a) *Le rôle des mécanismes traditionnels*

180. Au-delà des incertitudes qui peuvent exister quant à l'articulation entre les articles 19 et 20 des Conventions de Vienne, les auteurs s'accordent pour considérer que le régime de réserves qu'ils instituent "is based on the consensual character of treaties" 308/ (trouve son fondement dans le caractère consensuel des traités). Cette constatation constitue le "*credo*" fondamental de l'école de l'"opposabilité" qui se fonde sur l'idée que "the validity of a reservation depends solely on the acceptance of the reservation by another contracting State" 309/ (la validité d'une réserve dépend exclusivement de son acceptation par un autre Etat contractant). Elle n'est cependant pas récusée par les tenants de l'"admissibilité"; ainsi, par exemple, le Professeur BOWETT relève qu'en l'absence, dans le traité, de dispositions relatives au règlement des différends, "there is at present no alternative to the system in which each Party decides for itself whether another Party's reservations are permissible" 310/ (il n'y a, pour le moment, pas d'alternative au système par lequel chaque Partie décide en ce qui la concerne si les réserves d'une autre Partie sont admissibles).

181. Ce mécanisme classique -et imparfait- du contrôle de la licéité des réserves est mis en oeuvre s'agissant des traités de droits de l'homme :

307/ Section 1, *supra*.

308/ Taslim O. ELIAS, The Modern Law of Treaties, Oceana, Dobbs Ferry, 1974, p. 34. V. aussi W.W. BISHOP, *op. cit.* (note 135), p. 337, C. REDGWELL, *op. cit.* (note 97), p. 268 ou Ch. TOMUSCHAT, *op. cit.* (note 134), p. 466.

309/ J.M. RUDA, *op. cit.* (note 128), p. 190. V. aussi le Rapport préliminaire (*supra* note 2), par. 102.

310/ *Op. cit.* (note 296), p. 81.

- certaines clauses de réserves qui y sont insérées "soumettent expressément [celles-ci] au 'jeu des acceptations-objections'..." 311/;
- les Etats n'hésitent pas à objecter aux réserves formulées par d'autres Parties à de tels traités, même dans le silence de ceux-ci 312/, et
- celles-ci peuvent conduire l'Etat réservataire à retirer sa réserve 313/,
- tandis que les organes de surveillance de la mise en oeuvre du traité peuvent en tenir compte dans leur interprétation du traité ou pour déterminer le sort de la réserve 314/; et
- les Présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont estimé

"qu'il est essentiel, pour le bon fonctionnement du système actuel de réserves, que les Etats parties à un instrument international donné étudient avec soin la possibilité de formuler une objection à chaque fois que cela est approprié" 315/.

182. Rien, bien entendu, n'empêche les Parties de prévoir un système différent d'appréciation de la validité des réserves, collégial ou juridictionnel, et ces deux possibilités ont été envisagées -pour être écartées- à différentes reprises lors des travaux préparatoires de la Convention de 1969. Ainsi, les deux premières des quatre "propositions alternatives" faites *de lege ferenda* par LAUTERPACHT dans son premier Rapport sur le droit des traités en 1953, reposaient sur un contrôle collégial de la validité des réserves par les deux tiers des Etats intéressés 316/, tandis que les deux autres confiaient ce

311/ P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 117), p. 122 (H.R.R. 1951, p. 40); v. par exemple les articles 8 de la Convention sur la nationalité de la femme mariée du 29 janvier 1957 ou 75 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, *supra* (note 48), qui renvoie à la Convention de 1969.

312/ V. *supra* par. 175.

313/ L'Australie et la République de Corée ont retiré certaines de leurs réserves au Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques à la suite d'objections faites par d'autres Etats parties (cf. le Statut des traités multilatéraux dont le Secrétaire général est dépositaire au 31 décembre 1994, ST/LEG/SER.E/13, p. 123 et 127-130).

314/ V. *supra* par. 158.

315/ Rapport (*supra* note 83) du 10 nov. 1992, par. 64; v. aussi le par. 36 et le Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, A/48/38, version ronéotypée, p. 7.

316/ Yearbook ... 1953, p. 124-133.

contrôle soit à un Comité constitué par les Parties 317/, soit à la Chambre de procédure sommaire de la C.I.J. 318/, 319/.

183. Mais, si ces propositions n'ont pas été retenues dans les Conventions de Vienne, elles sont reprises dans certaines clauses de réserves insérées dans les traités multilatéraux. Ainsi, en matière de droits de l'homme, l'article 20, paragraphe 2, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965 dispose :

"Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée non plus qu'aucune réserve qui aurait pour effet de paralyser le fonctionnement de l'un quelconque des organes créés par la Convention. Une réserve sera considérée comme rentrant dans les catégories définies ci-dessus si les deux tiers au moins des Etats parties à la Convention élèvent des objections" 320/.

184. Dans de telles hypothèses, l'appréciation de l'admissibilité de la réserve est confiée non à chaque Etat contractant agissant en ce qui le concerne mais à l'ensemble des Parties en tant qu'organe collectif. L'essence du système ne s'en trouve cependant pas modifiée : le consentement des Parties s'exprime i) par l'adoption de la clause de réserves elle-même et ii) collectivement par le système classique des acceptations (éventuellement tacites) et des objections.

317/ *Ibid.* p. 133-134.

318/ *Ibid.* p. 134-135.

319/ V. aussi la position de Hersch LAUTERPACHT in "Some Possible Solutions of the Problem of Reservations to Treaties", Transactions of the Grotius Society, vol. 39, 1964, p. 108 et s. Curieusement, sir Gerald FITZMAURICE, qui voyait dans un système collégial "an ideal system" (un système idéal) (*op. cit.* note 112, p. 23-26), ne l'a pas repris dans son premier Rapport (v. Annuaire ... 1956, p. 129-130), durant les débats de 1962, plusieurs Membres de la Commission ont plaidé en faveur d'un tel système, d'autres s'y opposant avec succès (v. A. CASSESE, *op. cit.* note 244, p. 272); de même, quelques Etats ont déposé des amendements en ce sens lors de la Conférence de Vienne : v. par exemple les propositions du Japon (A/CONF.39/C.1/L.133 et Comptes rendus analytiques (*supra* note 166), p. 199-200, ou du Royaume-Uni, *ibid.*, p. 123-124.

320/ Pour un commentaire approfondi de cette disposition, v. A. CASSESE, *ibid.*, p. 266-304. Il existe des clauses comparables dans d'autres domaines; v. par exemple l'article 39 de la Convention du 4 juin 1954 sur l'importation temporaire des véhicules de tourisme, l'article 20 de la Convention du même jour sur les facilités douanières en faveur du tourisme (et l'article 14 du Protocole additionnel à celle-ci) ou l'article 50 de la Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961. D'autres traités, notamment ceux conclus sous les auspices de la FAO, retiennent le principe du consentement unanime des Parties (v. P.-H. IMBERT, *op. cit.* note 43, p. 174-175).

185. Ce second élément du principe consensuel disparaît si le contrôle de l'admissibilité de la réserve est confié à un organe de type juridictionnel ou quasi-juridictionnel.

186. A la connaissance du Rapporteur spécial, il n'existe pas de clause de réserves expresse en ce sens. On peut toutefois considérer que, du simple fait qu'un traité prévoit le règlement des différends liés à son application par un organe juridictionnel ou arbitral, cet organe se trouve, du même coup, habilité à apprécier l'admissibilité des réserves ou le bien-fondé des objections. "The question of permissibility, since it is governed by the treaty itself, is eminently a legal question and entirely suitable for judicial determination and, so far as the treaty itself or some other general treaty requiring legal settlement of disputes requires the Parties to submit this type of legal question to adjudication, this would be the appropriate means of resolving the question" 321/ (Dès lors qu'elle est régie par le traité lui-même, la question de la permissibilité est, par excellence, un problème juridique qui se prête parfaitement à une décision judiciaire et si le traité lui-même ou un autre traité général relatif au règlement des différends invite les Parties à soumettre ce genre de questions juridiques à un règlement juridictionnel, ceci serait la façon appropriée de résoudre le problème). Ici encore, on reste dans le cadre des mécanismes bien établis en droit international général.

187. Il existe d'ailleurs une pratique arbitrale et judiciaire, limitée il est vrai, en ce sens.

188. Ainsi, dans l'affaire de la *Mer d'Iroise*, le Royaume-Uni a soutenu, devant le Tribunal arbitral auquel le différend avait été soumis, que les trois réserves françaises à l'article 6 de la Convention sur le plateau continental "ne devraient pas être prises en considération du tout, soit parce qu'elles seraient inadmissibles, soit parce qu'elles ne seraient pas de véritables réserves" 322/. Dans sa décision du 30 juin 1977, le Tribunal s'est implicitement reconnu compétent pour se prononcer sur ces questions et a estimé "que les trois réserves à l'article 6 sont des réserves véritables et permises" 323/.

189. De même, dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien*, la C.I.J. a examiné, et rejeté, la première exception préliminaire de l'Inde selon laquelle "la déclaration portugaise d'acceptation de la juridiction de la Cour du 19 décembre 1955 est entachée de nullité du fait que la troisième condition de la déclaration est incompatible avec l'objet et le but de la

321/ D.W. BOWETT, *op. cit.* (note 296), p. 81. Dans le même sens : M. COCCIA (*op. cit.* note 96, p. 26) qui, cependant, estime qu'un Etat qui a accepté la réserve n'est plus fondé à se prévaloir de son inadmissibilité.

322/ Décision du 30 juin 1977, *supra* (note 137), par. 49.

323/ *Ibid.*, par. 56; v. les par. 50 à 55.

disposition facultative" 324/. Et si la Cour elle-même n'a jamais déclaré illicite une réserve à une déclaration facultative d'acceptation de sa juridiction obligatoire, sir Hersh LAUTERPACHT a, à deux reprises, dans des opinions fortement motivées, estimé qu'elle aurait dû le faire 325/, 326/.

190. Ce que la Cour peut faire au contentieux, elle le peut évidemment aussi en matière consultative. Les questions qui lui avaient été posées en 1951 présentaient, comme elle l'a souligné,

"un caractère purement abstrait. Elles ne [visaient] ni les réserves qui, en fait, ont été apportées par certains Etats à la Convention, ni les objections qui ont été faites par d'autres Etats à ces réserves. Elles ne se [réfèrent] même pas aux réserves qui, éventuellement, pourraient être formulées relativement à tel ou tel article, non plus qu'aux objections que ces réserves pourraient éventuellement soulever" 327/.

Mais rien n'empêche qu'il en soit ainsi et les organes chargés de la surveillance de la mise en oeuvre des traités relatifs aux droits de l'homme seraient parfaitement en droit de rechercher un avis consultatif sur la licéité des réserves formulées à ces instruments, comme, du reste, certains l'envisagent 328/, et rien, juridiquement, ne s'oppose à ce qu'un tel organe prie "le Conseil économique et social ou l'Assemblée générale, selon qu'il convient, de demander un avis consultatif à la Cour internationale de Justice" si, à son avis, certaines réserves "posent de graves problèmes d'incompatibilité apparente avec l'objet et le but de l'instrument international" ou à ce que soit incluse dans un futur traité relatif aux droits de l'homme "une disposition permettant à l'organe qui sera créé en application de cet instrument de demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur toute réserve qui, selon lui, pourrait être incompatible avec l'objet et le but dudit instrument", comme l'ont préconisé

324/ Arrêt du 26 novembre 1957, Rec. C.I.J. 1957, p. 141; v. la réponse de la Cour p. 141-144.

325/ Affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, opinion individuelle, Rec. C.I.J. 1957, p. 43-55 et affaire de l'*Interhandel*, opinion dissidente, Rec. C.I.J. 1959, p. 103-106; v. aussi les opinions dissidentes du Président Klaestad et du Juge ARMAND-HUGON, *ibid.* p. 76 et 93.

326/ Dans l'arrêt *Loizidou*, la C.E.D.H. a considéré que les réserves à sa compétence ne pouvaient être appréciées selon les mêmes critères que ceux applicables à l'appréciation de la licéité des réserves aux déclarations faites en application de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la C.I.J. (*supra* note 80, par. 83-85). Aussi douteuse que soit la distinction, elle porte sur le fond du droit applicable et non sur les modalités du contrôle.

327/ Avis consultatif *supra* (note 46), Rec. C.I.J. 1951, p. 21.

328/ Cf. le Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (*supra* note 85).

les Présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en 1992 329/.

191. La Cour interaméricaine des Droits de l'homme pourrait également exercer sa compétence consultative en ce domaine, y compris en ce qui concerne d'éventuels problèmes surgissant dans l'interprétation ou l'application de traités autres que la Convention de San José 330/, de même que la Cour de Strasbourg 331/, à laquelle il a été proposé de soumettre préventivement la question de la conformité à l'article 64 de la Convention de Rome des réserves futures 332/.

192. A tous ces points de vue, les mécanismes de contrôle de la licéité des réserves aux traités de droits de l'homme sont des plus classiques :

- 1°. le mécanisme de droit commun est le système inter-étatique de droit commun, que reflète l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986;
 - 2°. il est parfois infléchi ou corrigé par des clauses de réserves spécifiques prévoyant une appréciation majoritaire ou unanime de cette licéité;
 - 3°. les organes juridictionnels ou arbitraux compétents pour régler les différends liés à l'application des traités n'ont jamais hésité à se prononcer en cas de besoin sur la licéité des réserves formulées par les Parties;
 - 4°. *a fortiori*, ces organes ont compétence pour donner des avis consultatifs sur ce point.
- b) *Le rôle des organes de surveillance des traités de droits de l'homme*

193. A ces mécanismes traditionnels de contrôle de la licéité des réserves s'en sont, depuis le début des années 1980, superposés d'autres en matière de droits de l'homme du fait que les organes chargés de la surveillance de la mise en oeuvre des traités conclus dans ce domaine se sont reconnus un droit et un devoir de contrôle à cet égard, qui, dans son principe, ne paraît pas devoir être contesté.

329/ Rapport (*supra* note 83), par. 61 et 65.

330/ Cf. l'article 64, paragraphe 1 de la Convention et l'avis consultatif OC-1/82 du 24 septembre 1982, série A; v. en ce sens R.J. COOK, *op. cit.* (note 128), p. 711.

331/ Cf. le Protocole n° 2 à la Convention européenne des droits de l'homme en date du 6 mai 1963.

332/ V. l'opinion partiellement dissidente du Juge VALTICOS jointe à l'arrêt de la C.E.D.H. du 25 août 1993, *Chorherr c. Autriche*, p. 16 de l'arrêt.

i) L'évolution de la pratique suivie par les organes de surveillance

194. A vrai dire, dans un premier temps, ces organes s'étaient montrés fort hésitants et réservés sur ce point :

- En 1978, conformément à un avis juridique très ferme adressé au Directeur de la Division des Droits de l'homme par le Service juridique 333/, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a décidé :

" Le Comité doit tenir compte des réserves faites par les Etats parties au moment de la ratification ou de l'adhésion; il n'a pas autorité pour agir autrement. Une décision, même unanime, du Comité suivant laquelle une réserve ne serait pas acceptable ne pourrait avoir aucun effet juridique" 334/.

- Le Conseiller juridique des Nations Unies a pris la même position en ce qui concerne les pouvoirs du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes 335/, et, bien que certains de ses membres aient interrogé les représentants des Etats, à l'occasion de l'examen des rapports nationaux, sur la portée des réserves émises 336/, le Comité lui-même s'est toujours interdit de prendre position à cet égard jusqu'en 1987 337/.
- Quant au Comité des Droits de l'homme, il est longtemps resté sur une prudente expectative à cet égard, certains de ses membres se prononçant, lors de l'examen des rapports des Etats pour l'examen de la validité des réserves au Pacte, d'autres contre 338/; toutefois, on peut penser que le Comité, s'il était prêt à "requalifier", le cas échéant, une déclaration interprétative en

333/ Mémoire du 5 avril 1976 (v. not. le par. 8 dont les termes ont été presque intégralement repris par le Comité) reproduit *in Nations Unies, Annuaire juridique*, 1976, p. 227-228. V. aussi la Note du Secrétaire général, CERD/C/R.93.

334/ Rapport du Comité à l'Assemblée générale, A/33/18, par. 374. V. à ce sujet les observations de P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 117), p. 125-126 (H.R.R. 1981, p. 41-42) et D. SHELTON, *op. cit.* (note 207), p. 229-230.

335/ V. le Rapport du Comité sur sa troisième session, A/39/45, vol. Annexe III.

336/ V. les exemples donnés à cet égard par R.J. COOK, *op. cit.* (note 128, p. 708, à la note 303).

337/ V. not. B. CLARK, *op. cit.* (note 205), p. 283-289.

338/ V. les exemples donnés à cet égard par P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 117), p. 127-128 et D. SHELTON, *op. cit.* (note 207), p. 230-231.

réserve, ne semblait guère enclin à apprécier la licéité des réserves 339/.

195. Au plan régional, les organes créés par la Convention européenne des Droits de l'homme ont, eux aussi, longtemps adopté une attitude attentiste et évité de prendre parti dans le débat qui opposait les spécialistes sur la question de savoir s'il leur appartenait de se prononcer sur la licéité des réserves à la Convention 340/. D'emblée, la Commission et la Cour ont considéré qu'elles devaient interpréter ces réserves et leur donner un sens utile 341/, mais ces organes se sont gardés d'aller plus loin et même de laisser entendre qu'ils pourraient se livrer à un contrôle de licéité.

196. Le tournant à cet égard est constitué par le Rapport adopté par la Commission le 5 mai 1982 dans l'affaire *Temeltasch* 342/, dans lequel elle souligne

"que, même à supposer qu'une valeur quelconque puisse être accordée à une acceptation ou à une objection formulée à l'égard d'une réserve à

339/ V. les décisions du 8 novembre 1989, *M.K. c. France* et *T.K. c. France* (CCPR/C/37/D/220 et 222/1987) dans lesquelles le Comité déclare les plaintes irrecevables du fait que la "déclaration" française relative à l'article 27 du Pacte est une véritable réserve; *contra*: l'opinion de R. HIGGINS jointe aux décisions, qui estime qu'il s'agit bien d'une déclaration ne s'imposant pas au Comité, ce qui, *a contrario*, semblait, dans les deux cas indiquer que celui-ci n'avait pas compétence pour apprécier la licéité des réserves formulées par les Etats parties. En ce sens: M. SCHMIDT, *op. cit.* (note 207), p. 6-7 (version dact.).

340/ V. not. la controverse qui a opposé les professeurs Héribert GOLSONG (intervention au Colloque de Rome, 5-8 novembre 1975, Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1976, p. 269-270 et "Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme", in Université catholique de Louvain, Quatrième colloque du Département des Droits de l'homme, 7 décembre 1978, Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1982) et Pierre-Henri IMBERT (*op. cit.* note 117, not. p. 11-114).

341/ V. par exemple les rapports de la Commission sur les requêtes n° 473/59 (Annuaire C.E.D.H., vol. 2, p. 405) et 1008/61 (*ibid.*, vol. 5, p. 87) et, not. les extraits cités par P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 176-277.

342/ Requête n° 9116/80, *supra* (note 80); v. not. : Gérard COHEN-JONATHAN, La Convention européenne des Droits de l'homme, Economica, Paris, 1989, p. 86-93; Pierre-Henri IMBERT, "Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire *Temeltasch*)", R.G.D.I.P. 1983, p. 580-625 (également publié en anglais: "Reservations to the European Convention on Human Rights Before the Strasbourg Commission: The *Temeltasch* Case", I.C.L.Q. 1984, p. 558-595.

la Convention, cela ne saurait exclure la compétence de la Commission de se prononcer sur la conformité avec la Convention d'une réserve ou d'une déclaration interprétative donnée" 343/,

et, s'appuyant sur la "nature particulière" de la Convention, elle

"estime que le système même de la Convention lui confère la compétence d'examiner si, dans un cas concret, une réserve ou une déclaration interprétative a ou n'a pas été émise en conformité avec la Convention" 344/,

en conséquence, la Commission, d'une part, qualifie de réserve la déclaration interprétative suisse relative à l'article 6, paragraphe 3.e), de la Convention 345/ et, d'autre part, constate que celle-ci n'est pas conforme aux dispositions de l'article 64 de la Convention 346/.

197. La Commission n'ayant, curieusement, pas saisi la Cour de cette affaire, c'est le Comité des Ministres qui, en application de l'article 32 de la Convention, a approuvé le Rapport de la Commission dans cette affaire 347/ et ce n'est que six ans plus tard que, par son arrêt *Belilos* du 29 avril 1988, la juridiction de Strasbourg a fait sienne la position de principe de la Commission 348/. A son tour, elle procède à la "requalification" en réserve d'une "déclaration interprétative" de la Suisse (relative à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention) 349/ et estime que

343/ Par. 61.

344/ Par. 65.

345/ Par. 68 à 82.

346/ Par. 83 à 92.

347/ Résolution DH (83) 6 du 24 mars 1983 (Annuaire C.E.D.H., 1980, p. 5.

348/ Arrêt *supra* note 80; v. not.: Henry J. BOURGUIGNON, "The Belilos Case : New Light on Reservations to Multilateral Treaties", Virginia Journal of International Law 1989, p. 347-386; Iain CAMERON and Frank HORN, "Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case", G.Y.B.I.L. 1990, p. 69-129; Gérard COHEN-JONATHAN, "Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988)", R.G.D.I.P. 1989, p. 273-314; R. J. Stuart MACDONALD, "Reservations Under the European Convention on Human Rights", Revue belge de droit international, 1988, p. 429-450 ou Susan MARKS, "Reservations Unhinged: The Belilos Case Before the European Court of Human Rights", I.C.L.Q., 1990, p. 300-.

349/ Par. 40 à 49.

"la déclaration litigieuse ne répond pas à deux des impératifs de l'article 64 de la Convention, de sorte qu'il échet de la réputer non valide" 350/,

après avoir constaté que

"[l]a compétence de la Cour pour apprécier au regard de l'article 64 la validité d'une réserve ou, s'il échet, d'une déclaration interprétative n'a pas prêté à contestation en l'occurrence. Elle ressort tant des articles 45 et 49 de la Convention [...] que de l'article 19 et de la jurisprudence de la Cour (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Ettl* et autres du 23 avril 1987, série A n° 117, p. 19, § 42)" 351/.

198. Depuis lors, la Commission et la Cour européennes des Droits de l'homme ont fait de cette jurisprudence une application presque routinière 352/ et l'ont étendue aux réserves formulées par les Etats à leur propre compétence. Ainsi, dans sa décision du 4 mars 1991 concernant la recevabilité de trois requêtes dirigées contre la Turquie 353/, la Commission a estimé que certaines restrictions à sa compétence formulées par l'Etat défendeur dans sa déclaration d'acceptation des requêtes individuelles au titre de l'article 25 n'étaient "pas autorisées par cet article" 354/. Plus catégoriquement, dans son arrêt *Loizidou* du 23 mars 1995 355/, la Cour de Strasbourg a jugé que "l'objet et le but du système de la Convention" 356/ s'opposent à ce que les Etats limitent la portée de leurs déclarations au titre des articles 25 et 46 de la Convention par des déclarations ou des réserves, ce que confirme la pratique suivie par les Etats parties :

"Compte tenu de la nature de la Convention, du sens ordinaire des articles 25 et 46 dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, ainsi que de la pratique des Parties contractantes, la Cour conclut que les restrictions *ratione loci* dont sont assorties les déclarations de la Turquie relatives aux articles 25 et 46 ne sont pas valides" 357/.

350/ Par. 60; v. les par. 51 à 59.

351/ Par. 50; dans le par. 42 de l'arrêt *Ettl*, la Cour avait fait application de la réserve de l'Autriche à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention et renvoyé à son arrêt *Ringeisen* (série A n° 13, p. 40-41, par. 98), qui se borne à tirer les conséquences de cette réserve, interprétée fort libéralement (en faveur de l'Etat).

352/ V. les exemples cités *supra*, note 80.

353/ *Chrysostomos et as.*, *supra* (note 80).

354/ Par. 42.

355/ V. *supra* note 80.

356/ Par. 75.

357/ Par. 89; v. les par. 65 à 89.

199. La Cour interaméricaine des droits de l'homme n'a pas jusqu'à présent, à la connaissance du Rapporteur spécial, été appelée à apprécier directement au contentieux la licéité des réserves formulées par les Etats parties en application de l'article 75 de la Convention du 22 novembre 1969. On peut cependant déduire de certains de ses avis consultatifs que, le cas échéant, elle adopterait une position similaire à celle de la Cour de Strasbourg. Ainsi, dans son deuxième avis consultatif, relatif aux *Effets des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention* 358/, elle a estimé que les Parties ont un intérêt légitime à s'opposer à des réserves incompatibles avec le but et l'objet de la Convention et "are free to assert that interest through the adjudicary and advisory machinery established by the Convention" 359/ (sont libres de faire valoir cet intérêt par le biais du mécanisme contentieux ou consultatif établi par la Convention). Surtout, dans son troisième avis consultatif, rendu le 8 septembre 1983 dans l'affaire des *Restrictions à la peine de mort* 360/, la Cour de San José a estimé que certaines réserves du Guatemala n'étaient pas admissibles 361/.

200. C'est dans ce contexte que les organes de surveillance institués par les instruments universels relatifs aux droits de l'homme ont adopté une attitude beaucoup plus sourcilleuse à l'égard de la validité des réserves que celle, toute de prudence, qui leur était traditionnelle 362/. Ceci est particulièrement frappant en ce qui concerne le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes 363/ et, surtout, le Comité des droits de l'homme.

201. Dans l'Observation générale n° 24 364/, le Comité affirme qu'il lui

"incombe nécessairement [...] de déterminer si une réserve donnée est compatible avec l'objet et le but du Pacte, en partie parce que [...] cette tâche n'est pas du ressort des Etats parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme, et en partie parce que le Comité ne peut se soustraire à cette tâche dans l'exercice de ses fonctions. Afin de savoir jusqu'où va son devoir d'examiner dans quelle mesure un Etat s'acquitte de ses obligations au titre de l'article 40 ou d'examiner une communication soumise en vertu du premier Protocole facultatif, il doit nécessairement se faire une idée de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du Pacte et avec le droit international général. En raison du caractère particulier d'un instrument relatif aux droits de l'homme, la compatibilité d'une réserve avec

358/ V. *supra* note 81.

359/ Par. 38.

360/ V. *supra* note 81.

361/ V. *supra* note 288.

362/ V. *supra* par. 194.

363/ V. *supra* par. 59.

364/ V. *supra* note 86.

l'objet et le but du Pacte doit être établie objectivement, en se référant à des principes juridiques" 365/.

ii) Les fondements du contrôle exercé par les organes de surveillance

202. Cette motivation, qui rejoint celle invoquée par les organes régionaux européens et interaméricains 366/, est aussi celle qu'invoque une partie de la doctrine en faveur de la compétence de contrôle de la licéité des réserves par les organes de surveillance des traités de droits de l'homme. Ainsi, on a fait valoir que :

- la nature spécifique de ces instruments exclut le "jeu d'opposition et d'acceptation de la part d'autres Etats contractants que le droit international coutumier a développé depuis l'avis de la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la Convention contre le génocide et dont on retrouve trace dans les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités" 367/;
- leur caractère objectif appellerait un contrôle objectif 368/;
- il serait impossible aux organes qu'ils instituent de s'acquitter de leurs fonctions générales de surveillance "without establishing which obligations bind the party concerned" 369/ (sans établir quelles obligations lient la partie en cause);
- en pratique, le système des objections ne fonctionnerait guère 370/.

203. Ces arguments ont été contestés et ne sont certainement pas tous d'égale valeur.

204. En premier lieu, comme cela est établi dans la section précédente du présent Rapport 371/, ni la nature prétendument "objective" des traités de droits de l'homme, ni l'absence de réciprocité qui caractérise la plupart de leurs dispositions substantielles, ne constituent des raisons convaincantes en

365/ Par. 18.

366/ V. *supra* par. 196 à 199.

367/ H. GOLSONG, intervention au Colloque de Rome (*supra* note 240), p. 269; v. aussi l'opinion *supra* (note 332) du Juge VALTICOS sous l'arrêt *Chorherr* de la C.E.D.H., p. 15.

368/ Cf. Th. GIEGERICH, *op. cit.* (note 200), p. 780-781 ou R. HIGGINS, *op. cit.* (note 98), p. 10 (version dact.).

369/ W.A. SCHABAS, *op.cit.* (note 118), p. 68.

370/ Cf. J. McBRIDE, *op. cit.* (note 118), p. 48 (version dact.) ou R. HIGGINS, *op. cit.* (note 98), p. 13 (version dact.).

371/ V. surtout par. 136 à 162.

faveur d'un régime dérogatoire du droit commun. Tout au plus pourrait-on en tirer argument pour dire qu'il pourrait être souhaitable que la licéité des réserves à ces instruments soit appréciée par un organe indépendant et techniquement qualifié; mais il n'en résulterait pas que les mécanismes existants seraient dotés d'une telle compétence si elle n'est pas prévue par les traités les créant 372/.

205. Quant à affirmer que le mécanisme des acceptations et des objections ne fonctionne pas de manière satisfaisante, c'est une question d'appréciation qui, de toutes manières, ne constitue pas non plus un argument : ce n'est pas parce que le mécanisme existant serait critiquable que le système alternatif serait juridiquement acceptable; et, surtout, les critiques qui sont adressées à l'efficacité du "régime de Vienne" reviennent à contester, en réalité, les bases mêmes du droit international contemporain. Comme l'a relevé Sir Humphrey WALDOCK en sa qualité d'expert-consultant de la Conférence de Vienne sur le droit des traités :

"Il est vrai que si la Commission du droit international a entendu adopter un critère objectif, la méthode d'application prévue a un caractère subjectif puisqu'elle dépend de l'appréciation des Etats. *Cependant, c'est là une situation caractéristique de nombreux domaines du droit international, en l'absence d'une décision judiciaire qui, de toute façon, ne lie que l'Etat intéressé et pour la seule affaire où elle a été rendue*" 373/.

On peut tenir cette situation pour fâcheuse, mais elle est la caractéristique fondamentale du droit international dans son ensemble et, à ce titre, affecte l'application de tout traité, quel que soit son objet.

206. En réalité, au point de vue du régime des réserves, la véritable particularité des traités que sont et demeurent le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, les Conventions européenne ou interaméricaine des droits de l'homme ou nombre d'instruments à portée plus limitée, n'est pas qu'il s'agit de traités de droits de l'homme, mais que ces instruments créent des organes chargés de surveiller leur mise en oeuvre. A partir du moment où de tels organes sont créés, ils ont, conformément à un principe général de droit bien établi et reçu en droit international général, la compétence de leur compétence Ceci constitue le seul argument véritablement convaincant en faveur du contrôle de la licéité des réserves : ces organes ne pourraient s'acquitter des fonctions qui leur sont dévolues s'ils ne pouvaient s'assurer de l'étendue exacte de leurs compétences à l'égard des Etats concernés, que ce soit à l'occasion de l'examen de requêtes étatiques ou individuelles ou de rapports périodiques, ou encore dans l'exercice d'une compétence consultative.

372/ Cf. les remarques du Représentant de la Jamaïque à la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale (A/C.6/50/SR.24, par. 20).

373/ Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Doc. off. (*supra* note 166), p. 137.

207. On a fait valoir à cet égard que ces organes fonctionneraient dans un contexte qui "se distingue nettement" de celui de la C.I.J. qui "est appelée notamment à examiner au regard des principes de droit international tout différend juridique entre Etats pouvant survenir dans n'importe quelle partie du globe" et concernant "tout domaine du droit international" alors que ces organes exercent exclusivement des fonctions de contrôle par rapport à un traité normatif" et que, dès lors, aucune analogie ne serait possible entre les compétences de ceux-ci et de celle-là 374/. C'est là un raisonnement fort discutable, voire pernicieux.

208. Le motif premier qui justifie l'exercice, par les organes de surveillance des traités de droits de l'homme, d'un pouvoir de contrôle sur la licéité des réserves tient à la nécessité où ils se trouvent de s'assurer de leur compétence, donc de déterminer l'étendue exact des engagements pris par l'Etat en cause; et ceci n'est possible qu'en fonction des réserves dont celui-ci a, le cas échéant, assorti son engagement; la faculté de formuler des réserves n'étant pas illimitée, ceci implique nécessairement que ces réserves soient licites. Ce raisonnement vaut pour eux comme pour la C.I.J. 375/ ou n'importe quel organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel qui doit appliquer n'importe quel traité et trouve son fondement dans le principe du "consentement mutuel" 376/ dont le respect s'impose avec une force particulière dans l'hypothèse d'un différend entre Etats. On peut d'ailleurs relever à cet égard que les fonctions des organes de surveillance des traités de droits de l'homme ne sont jamais exclusivement limitées à l'examen de requêtes émanant de personnes privées; tous sont également investis de certaines compétences pour connaître de plaintes émanant d'autres Etats parties 377/ et, dans de telles circonstances, il leur appartient indiscutablement de déterminer l'étendue de leurs compétences

209. Ce n'est pas, donc, du fait de leur originalité - indiscutable par ailleurs - que les traités de droits de l'homme impliquent un contrôle de la licéité des réserves formulées à leur égard, par les organes de surveillance, mais, bien plutôt, de la "banalité" de ces organes : créés par des traités, ils tiennent leurs compétences de ces instruments conventionnels et doivent s'assurer de l'étendue de celles-ci en fonction du consentement des Etats parties et des règles générales du droit des traités.

210. On peut ajouter à cela que même si l'on contestait la validité de cette conclusion, les prises de position concordantes -et maintenant nombreuses- des organes de surveillance des traités de droits de l'homme ont très probablement

374/ C.E.D.H., arrêt du 23 mars 1995, *Loizidou*, (*supra* note 80), par. 84-85.

375/ V. *supra* par. 189.

376/ V. *supra* par. 96.

377/ Cf. les articles 41 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, 24 de la Convention européenne ou 45 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme; v. les commentaires du Royaume-Uni sur l'Observation générale n° 24, *supra* (note 87), par. 5.

créé une situation sur laquelle il serait sans doute difficile de revenir. D'autant plus que, sur le principe même du contrôle, l'attitude des Etats concernés n'est pas de nature à établir l'existence d'une *opinio juris* contraire :

- la Suisse, bien qu'elle y eut songé 378/, n'a pas dénoncé la Convention européenne des droits de l'homme après les arrêts de la C.E.D.H. dans les affaires *Belilos* et *Weber*,
 - pas davantage que la Turquie ne l'a fait à la suite de l'arrêt *Loizidou*;
 - le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a entériné la solution retenue par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch* 379/,
 - l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a souhaité amplifier la jurisprudence des organes de la Convention en la matière 380/,
 - le Guatemala semble avoir donné les suites souhaitables à l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme relatif aux *Restrictions à la peine de mort* 381/,
 - et, pour négatives qu'aient été les réactions de certains Etats à l'encontre de l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme 382/, leurs critiques ont porté davantage sur les conséquences que le Comité entend tirer de son contrôle de la licéité des réserves que sur le principe même de celui-ci 383/.
- c) *La combinaison des différents modes de contrôle de la licéité des réserves*

211. La situation actuelle en ce qui concerne le contrôle de la licéité des réserves aux traités de droits de l'homme est donc caractérisée par la concurrence ou, en tout cas, la coexistence, de plusieurs mécanismes de contrôle de la licéité des réserves :

378/ Cf. I. CAMERON and F. HORN, *op. cit.* (note 343), p. 117.

379/ V. *supra* par. 197.

380/ V. la recommandation 1223 (1993) (*supra* note 88), par. 7.A.ii.

381/ V. Christina M. CERNA, "La Cour interaméricaine des droits de l'homme - ses premières affaires", A.F.D.I. 1983, p. 312.

382/ V. *supra* par. 60.

383/ Ainsi: "[l]e Royaume-Uni fait sienne l'analyse selon laquelle le Comité doit nécessairement être à même d'apprécier le statut et les effets d'une réserve lorsqu'il y est obligé pour pouvoir accomplir ses fonctions de fond en vertu du Pacte" (Commentaires *supra* note 87, par. 11).

- l'un, qui constitue le droit commun, est celui, purement interétatique, que consacre les Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986 et qui peut être aménagé par des clauses de réserves particulières figurant dans des traités donnés;
- lorsque le traité institue un organe de surveillance de son application, il est maintenant acquis - et pour des raisons qui ne sont pas toutes mauvaises - que cet organe peut, également se prononcer sur l'admissibilité des réserves;
- mais ceci laisse subsister la possibilité pour les Etats parties de recourir, le cas échéant, aux modes habituels de règlement pacifique des différends, y compris juridictionnels ou arbitraux, s'ils s'élèvent une contestation entre eux relativement à la licéité d'une réserve 384/;
- en outre, il n'est pas exclu que les tribunaux nationaux eux-mêmes, à l'image des juridictions suisses 385/, s'estiment en droit d'apprécier également la validité d'une réserve au regard du droit international.

212. Il est clair que la multiplicité des possibilités de contrôle ne va pas sans quelques inconvénients, dont le moindre n'est pas le risque de contradictions entre les positions que les uns et les autres pourraient prendre sur la même réserve (ou sur deux réserves identiques d'Etats différents) 386/. Mais, à vrai dire, ce risque est inhérent à tout système de contrôle - dans le temps, un même organe peut prendre des décisions contradictoires -, et mieux vaut peut-être trop de contrôle que pas de contrôle du tout.

213. Plus sérieuse est la menace que constitue la succession des contrôles dans le temps en l'absence de toute limitation de la durée de la période

384/ Ceci toutefois sous réserve de l'existence de "régimes se suffisant à eux-mêmes", au nombre desquels ceux institués par les Conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme doivent certainement être comptés (cf. Bruno SIMMA, "Self-Contained Regimes", Netherlands Yearbook of International Law 1985, p. 130 et s. ou Theodor MERON, Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Clarendon Presse, Oxford, 1989, p. 230 et s.).

385/ V. la décision du Tribunal fédéral du 17 décembre 1992, *Elisabeth B. c. Conseil d'Etat du canton de Thurgovie*, EuGRZ 1993, p. 17; v. plus généralement l'article très informé de Jean-François FLAUSS, "Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 § 1", R.U.D.H. 1993, p. 297-303.

386/ V. not. P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 342), p. 617-619 (I.C.L.Q. 1984, p. 590-591); l'auteur relève les risques d'incompatibilité internes au système de la Convention européenne, notamment entre les positions de la Cour et du Comité des Ministres.

durant laquelle ils peuvent prendre place. Le problème ne se pose pas en ce qui concerne le "régime de Vienne" puisque l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de 1969 et 1986 limite à douze mois suivant la date de la réception de la notification de la réserve (ou de l'expression du consentement à être lié de l'Etat objectant 387/), la période durant laquelle un Etat peut formuler une objection. Il surgit en revanche avec acuité dans tous les cas de contrôle juridictionnel ou quasi-juridictionnel qui, par hypothèse, est aléatoire et dépend de la saisine de l'organe de règlement ou de surveillance. Pour y parer, il a été proposé de limiter également à douze mois le droit pour les organes de contrôle de se prononcer 388/. Outre qu'aucun des textes pertinents actuellement en vigueur ne prévoit une telle limitation, elle ne paraît guère compatible avec le fondement même de l'intervention des organes de contrôle qui vise à assurer le respect de principes généraux du droit international (la préservation du but et de l'objet du traité). Au surplus, comme on l'a fait remarquer, l'une des raisons pour lesquelles les Etats émettent peu d'objections tient précisément à ce que la règle des douze mois les prend souvent de court 389/; le même problème risque de se poser *a fortiori* aux organes de contrôle et celui-ci de s'en trouver paralysé.

214. On peut d'ailleurs considérer que les possibilités de contrôles croisés renforcent au contraire les chances du régime de réserves de jouer son véritable rôle. Le problème n'est pas de les opposer ou, pour un système, de tenter d'affirmer son monopole par rapport aux autres 390/, mais de les combiner de manière à renforcer leur efficacité globale puisqu'aussi bien si leurs modalités sont différentes, leur finalité est la même : il s'agit dans tous les cas de concilier les deux exigences contradictoires mais fondamentales de l'intégrité du traité et de l'universalité de la participation 391/. Il est normal que les Etats, qui ont voulu le traité, puissent faire valoir leur point de vue; il est naturel que les organes de contrôle jouent pleinement le rôle de gardiens des traités que les Parties leur ont confié.

387/ A noter toutefois que le problème se pose néanmoins du fait de l'étalement dans le temps des ratifications et des adhésions.

388/ V. P.-H. IMBERT, *op. cit.* (note 43), p. 146, note 25, (note 117), p. 113-114 et 130-131 (H.R.R. 1981, p. 36 et 44); *contra* : H. GOLSONG, rapport (*supra* note 240), par. 7 ou Richard W. EDWARDS Jr., "Reservations to Treaties", Michigan Journal of International Law 1989, p. 387-388.

389/ Cf. B. CLARK, *op. cit.* (note 206), p. 312-314.

390/ Alors que telle est leur tendance naturelle; cf. l'opposition de points de vue entre le Comité des droits de l'homme ("cette tâche n'est pas du ressort des Etats parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme" - Observation générale n° 24, par. 18) (v. *supra* par. 201) et la France ("c'est [aux Etats parties] et à eux seuls, à moins que le traité n'en dispose autrement, de se prononcer sur une incompatibilité entre une réserve et l'objet et le but du traité" - commentaires *supra* note 87, par. 7).

391/ V. *supra*, par. 90-98.

215. Cette situation n'exclut pas mais, au contraire, implique une certaine complémentarité entre les différents modes de contrôle et une coopération entre les organes qui en sont chargés. Il est, en particulier, indispensable que, lorsqu'ils apprécient la licéité d'une réserve, les organes de surveillance (ainsi que les organes de règlement des différends) tiennent pleinement compte des positions prises par les Parties contractantes par le biais des acceptations ou des objections. Inversement, les Etats, qui sont tenus de se conformer aux décisions prises par les organes de surveillance lorsqu'ils les ont dotés d'un pouvoir décisionnel, devraient prendre au sérieux les positions réfléchies et motivées de ces organes, même s'ils ne peuvent prendre de décisions juridiquement obligatoires 392/.

392/ V. cependant la réaction extrêmement vive à l'Observation générale n° 24 que traduit le "Bill" présenté au Sénat des Etats-Unis par le Sénateur HELMS le 9 juin 1995 et aux termes duquel "no funds authorized to be appropriated by this Act nor any other Act, or otherwise made available may be obligated or expended for the conduct of any activity which has the purpose or effect of -

"(A) reporting to the Human Rights Committee in accordance with Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights, or

"(B) responding to any effort by the Human Rights Committee to use the procedures of Articles 41 and 42 of the International Covenant on Civil and Political Rights to resolve claims by other parties to the Covenant that the United States is not fulfilling its obligations under the Covenant, until the President has submitted to the Congress the certification described in paragraph (2).

"(2) CERTIFICATION - The certification referred to in paragraph (1) is a certification by the President to the Congress that the Human Rights Committee established under the International Covenant on Civil and Political Rights has -

"(A) revoked its General Comment n° 24 adopted on November 2, 1994; and

"(B) expressly recognized the validity as a matter of international law of the reservations, understandings, and declarations contained in the United States instrument of ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights" (aucun crédit que la présente loi ou toute autre loi autorise à ouvrir, ou qui serait disponible par d'autres voies ne peut être utilisé ou dépensé en vue de quelque activité que ce soit ayant pour but ou pour résultat de : (A) faire rapport au Comité des Droits de l'homme en application de l'article 40 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ou (B) réagir à une tentative du Comité des Droits de l'homme de recourir aux procédures des articles 41 et 42 du Pacte international des droits civils et politiques pour examiner les communications d'autres Etats parties au Pacte prétendant que les Etats-Unis ne s'acquittent pas de leurs obligations au titre du Pacte, jusqu'à ce que le Président ait présenté au Congrès la certification décrite au paragraphe 2. - (2) CERTIFICATION : La certification visée au paragraphe (1) est une certification du Président au Congrès, selon laquelle le Comité des Droits de l'homme établi par le Pacte

B. Les conséquences des constatations faites par les organes de contrôle

216. Ceci pose très directement la question de savoir quelles sont les conséquences de la constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de surveillance d'un traité de droits de l'homme.

217. Une fois admis qu'un tel organe peut apprécier si une réserve remplit les conditions de licéité posées par le droit commun (compatibilité avec l'objet et le but du traité) ou par une clause de réserves particulière, "il reste à déterminer ce [qu'il] est habilité à faire dans le cas où il considère que telle ou telle réserve ne remplit pas cette condition", question "particulièrement importante et délicate" comme l'a souligné Mme. HIGGINS lors de l'élaboration de l'Observation générale n° 24 393/, et qui a, en effet, suscité les oppositions de points de vue les plus vives. Cette question doit être prolongée par une autre, qui lui est étroitement liée, mais dont il paraît préférable de traiter de manière distincte pour la clarté de l'exposé, et qui consiste à s'interroger sur les obligations (et les droits) de l'Etat dont la réserve a été considérée comme illicite.

a) *Les droits et les devoirs de l'organe de contrôle*

218. Le problème de la conduite à tenir par l'organe de contrôle s'il constate qu'une réserve est illicite est en général posé en termes de "divisibilité" 394/ en ce sens que les auteurs et les organes de contrôle eux-mêmes se demandent si la réserve est détachable du consentement à être lié et si l'Etat réservataire peut et doit être considéré comme étant lié par l'ensemble du traité malgré l'illicéité de la réserve qu'il avait formulée.

219. Tous les organes de contrôle qui se sont posés la question ont, jusqu'à présent, répondu par l'affirmative :

- Dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne des Droits de l'homme a affirmé, en un considérant laconique :

"[A] n'en pas douter, la Suisse s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration" 395/.

international relatif aux droits civils et politiques a (A) rapporté son Observation générale n° 24 adoptée le 2 novembre 1994; et (B) reconnu expressément la validité au regard du droit international des réserves, interprétations ('understandings') et déclarations contenues dans l'instrument de ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par les Etats-Unis) (A Bill to authorize appropriations for the Department of State for fiscal years 1996 through 1999..., 104th Congress, 1st Session, S.908-Report n° 104-95, p. 87-88).

393/ CCPR/C/SR.1366, par. 54.

394/ Cf. R.W. EDWARDS Jr., *op. cit.* (note 388), p. 376.

395/ Arrêt (*supra* note 80), par. 60.

- Elle s'est montrée plus explicite dans l'affaire *Loizidou* dans laquelle, après avoir rappelé son arrêt de 1988 396/, elle écarte les "déclarations faites par la Turquie en procédure mais

"relève que le gouvernement défendeur n'a pu manquer d'avoir conscience, eu égard à la pratique uniforme des Parties contractantes sur le terrain des articles 25 et 46 et consistant à accepter sans condition la compétence de la Commission et de la Cour, que les clauses restrictives dénoncées avaient une validité contestable dans le système de la Convention et que les organes de celles-ci pourraient les tenir pour inadmissibles. [...]

"La réaction ultérieure de plusieurs Parties contractantes aux déclarations turques [...] vient solidement appuyer l'observation qui précède et selon laquelle la Turquie n'ignorait pas la situation juridique. [...]. sous cet éclairage, le gouvernement défendeur ne saurait invoquer les déclarations *ex post facto* des représentants turcs pour marquer un recul par rapport à l'intention fondamentale -malgré des tempéraments- d'accepter la compétence de la Commission et de la Cour.

"Il incombe donc à la Cour, dans l'exercice des responsabilités que lui confère l'article 19, de trancher la question en se référant au texte des déclarations respectives et à la nature particulière du régime de la Convention. Ce dernier, toutefois, milite pour la séparation des clauses attaquées puisque c'est par ce moyen que l'on peut garantir les droits et libertés consacrés par la Convention dans tous les domaines relevant de la 'juridiction' de la Turquie au sens de l'article 1 de la Convention.

"La Cour a examiné le texte des déclarations et le libellé des restrictions en vue de rechercher si les restrictions querellées peuvent se dissocier des instruments d'acceptation ou si elles en forment partie intégrante et indivisible. Même en prenant les textes des déclarations relatives aux articles 25 et 46 comme un tout, elle estime que les restrictions dénoncées peuvent se dissocier du reste du texte, laissant intacte l'acceptation des clauses facultatives" 397/.

- Et le Comité des Droits de l'homme a affirmé que :

"La conséquence normale d'une réserve inacceptable n'est pas que le Pacte restera totalement lettre morte pour l'Etat auteur de la réserve. Une telle réserve est dissociable, c'est-à-dire que le

396/ Arrêt (*supra* note 80), par. 94.

397/ *Ibid.*, par. 95 à 97.

Pacte s'appliquera à l'Etat qui en est l'auteur, sans bénéficiaire de la réserve" 398/.

220. Bien que la C.E.D.H. insiste sur les différences entre le contexte où elle se trouve et celui dans lequel fonctionne la C.I.J. 399/, les similitudes entre ce raisonnement et celui de Sir Hersch LAUTERPACHT dans l'opinion individuelle jointe à l'arrêt de la C.I.J. dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* 400/ est extrêmement frappante, quoique la Cour de Strasbourg se montre moins circonspecte que le Juge de La Haye dans son application et, surtout, qu'elle néglige totalement le point de départ de tout son raisonnement, qui reposait sur une alternative claire :

"Si la clause insérée dans l'acceptation en vue de réserver le droit de décision unilatérale du Gouvernement déclarant est nulle, la Cour n'a *qu'une alternative* : ou bien elle peut traiter comme nulle cette partie de la réserve qui est contraire au Statut, ou bien elle peut considérer que toute l'acceptation est entachée de nullité. (Il existe une troisième possibilité - *qu'il suffira de mentionner pour l'écartier* -, à savoir que cette partie de la réserve annule non pas toute l'acceptation, mais seulement la réserve. Cela voudrait dire que toute la réserve des affaires de compétence nationale serait traitée comme nulle, alors que la déclaration d'acceptation, comme telle, serait traitée comme pleinement valable)" 401/.

221. Or c'est très exactement cette "troisième possibilité" (que LAUTERPACHT ne mentionne que pour l'écartier aussitôt) que la Cour de Strasbourg met en oeuvre dans les arrêts cités ci-dessus et que le Comité des Droits de l'homme envisage dans l'Observation générale n° 24.

222. Ces positions s'expliquent peut-être par une confusion entre deux notions bien différentes :

- celle, d'abord, de "divisibilité" des dispositions du traité lui-même 402/, qui, en matière de réserves, pose la question de savoir si la disposition sur laquelle porte la réserve peut être détachée du traité sans que son objet et son but s'en trouvent compromis; on peut sans doute considérer qu'il s'agit là d'une condition nécessaire à la licéité de la réserve, faute de quoi les

398/ Observation générale No 24 (*supra* note 86), par. 18.

399/ V. *supra* note 326.

400/ *Supra* (note 325), C.I.J. *Rec.* 1957, p. 56 à 59.

401/ *Ibid.*, p. 55 et 56; italiques ajoutées.

402/ Cf. P. REUTER, *op. cit.* (note 43), p. 33.

dispositions des articles 20, paragraphe 4, et 21, paragraphe 1, des Conventions de Vienne seraient dépourvues de sens 403/;

- celle, ensuite, de "dissociabilité" de la réserve par rapport au consentement de l'Etat réservataire à être lié, globalement, par le traité, qui est une chose toute différente 404/ et conduit à se demander si la réserve était ou non une condition *sine qua non* à l'engagement de l'Etat.

223. Il n'est certainement pas impossible d'envisager quelles pourraient être les conséquences de la "divisibilité" de la disposition sur laquelle porte la réserve tenue pour illicite. Dans ses commentaires de l'Observation générale n° 24 du Comité des Droits de l'homme, le Royaume-Uni, rejoignant le raisonnement de LAUTERPACHT 405/,

"admet que la dissociabilité 406/ offre peut-être une solution dans des cas appropriés, encore que ses contours commencent seulement à se dessiner dans la pratique des Etats. Cependant, le Royaume-Uni a la ferme conviction qu'en cas de dissociabilité, ce qu'il faut dissocier, c'est à la fois la réserve et les parties du traité auxquelles elle se rapporte. Toute autre solution serait absolument contraire aux principes et plus spécialement à la règle fondamentale, visée à l'article 38.1 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon laquelle les conventions internationales établissent des règles 'expressément reconnues' par les Etats contractants" 407/.

224. Or c'est précisément à cette "autre solution" qu'aboutit la "dissociabilité" pratiquée par la Cour européenne des droits de l'homme et envisagée par le Comité des Droits de l'homme 408/.

225. Durant la discussion du projet d'Observation générale n° 24 devant le Comité des Droits de l'homme, Mme. HIGGINS a expliqué que, "dans le cas des instruments relatifs aux droits de l'homme, il n'est pas souhaitable d'exclure des Etats parties; il est préférable au contraire de les garder;

403/ C'est dans cette première acception que la doctrine la plus autorisée en matière de réserve parle de "divisibilité" (v. par exemple P. REUTER, *ibid.*, p. 76-77; D.W. BOWETT, *op. cit.* (note 296), p. 89 ou Sir Ian SINCLAIR, *op. cit.* (note 207), p. 68).

404/ Mais apparemment confondue avec la notion précédente par la C.E.D.H dans l'affaire *Loizidou* (v. *supra* par. 219).

405/ V. *supra*, par. 220.

406/ Le Royaume-Uni désigne ici par "dissociabilité" ce qui est défini comme "divisibilité" *supra*, par. 222.

407/ Commentaires *supra* (note 87), par. 14, souligné dans le texte; cette possibilité risque, concrètement, de ne se présenter que rarement.

408/ V. *supra*, par. 219.

d'où la formulation employée dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 20 409/ " 410/. A la connaissance du Rapporteur spécial, telle est l'unique explication de la "dissociabilité", que l'on trouve dans les travaux préparatoires de l'Observation générale n° 24, et telle est aussi la principale justification qu'en donnent les auteurs qui s'en déclarent partisans 411/.

226. Elle soulève de très sérieuses difficultés d'ordre juridique. En droit, la question n'est pas de savoir s'il faut ou non "garder" les Etats parties réservataires mais de déterminer s'ils ont ou non consenti à être liés et, pour paraphraser le Comité, ce sont les Etats eux-mêmes - et non des organes extérieurs, aussi bien intentionnés et techniquement irréprochables soient ils - qui sont "particulièrement bien placés pour s'acquitter de cette tâche" 412/; et il est difficile d'admettre que de tels organes puissent se substituer à eux dans cette détermination. La solution inverse peut être source de graves difficultés politiques et constitutionnelles pour l'Etat réservataire, surtout lorsque l'autorisation de ratifier ou d'adhérer a été assortie de conditions par le Parlement 413/.

227. Il paraît au surplus singulier que les organes de contrôle puissent aller au-delà de ce que les Etats eux-mêmes peuvent faire dans leurs rapports *inter se*. Ainsi que cela résultent des Conventions de Vienne et conformément à la pratique, deux possibilités seulement leur sont ouvertes : l'exclusion de l'application de la disposition sur laquelle porte la réserve (article 21, paragraphe 1.a) ou de l'ensemble du traité (article 20, paragraphe 4.b); mais elles n'envisagent nullement "la possibilité que le traité puisse entrer en vigueur dans son intégralité à l'égard de l'Etat qui a formulé la réserve" 414/.

228. Toutefois, la plus grave critique que l'on puisse adresser à la "dissociabilité" tient au fait qu'elle méconnaît totalement le caractère consensuel qui constitue l'essence même de tout engagement conventionnel. Les trois Etats qui ont, à ce jour, réagi à l'Observation générale n° 24 s'accordent sur ce point qui a été exprimé avec une netteté particulière par

409/ Devenu le paragraphe 18.

410/ CCPR/C/SR.1382, par. 11.

411/ Cf. Th. GIEGERICH, *op. cit.* (note 200), p. 782 (cet auteur ajoute cependant, curieusement, que cette solution "also prevents legal uncertainty as to the status of the reserving state as a contracting party" (lève également l'incertitude quant au statut juridique de l'Etat réservataire en tant que partie contractante).

412/ Cf. l'Observation générale No 24 (*supra* note 86), par. 18.

413/ V. à cet égard l'intervention du représentant des Etats-Unis à la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale, A/C.6/50/SR.13, par. 53.

414/ Commentaires des Etats-Unis (*supra* note 87), sect. 5, p. 151.

la France qui a rappelé "que les accords, quelle qu'en soit la nature sont régis par le droit des traités, qu'ils reposent sur le consentement des Etats et que les réserves sont les conditions que les Etats mettent à ce consentement; qu'il en découle nécessairement que si ces réserves sont jugées incompatibles avec le but et l'objet du traité, la seule conséquence qu'il soit possible d'en tirer est de déclarer que ce consentement n'est pas valable et de décider que ces Etats ne sont pas considérés comme parties à l'instrument en cause" 415/.

229. Sous réserve des possibles conséquences de la "divisibilité" de la disposition sur laquelle porte la réserve 416/, cette conclusion paraît s'imposer : quel que soit son objet, un traité demeure un acte juridique dont le fondement repose sur la volonté des Etats, dont le sens ne saurait être présumé ou inventé. Les traités relatifs aux droits de l'homme n'échappent pas à la loi commune : leur objet et leur but n'opèrent aucune "transsubstantiation" et ne les transforment pas en une "législation" internationale qui s'imposerait aux Etats contre leur gré.

230. Or tel est le risque que prennent les organes de contrôle lorsqu'ils s'aventurent à rechercher quelle était l'intention de l'Etat au moment où il s'est engagé, en même temps qu'il formulait une réserve. Non seulement la détermination de cette intention peut s'avérer extrêmement délicate 417/; non seulement les précédents constitués par les affaires *Belilos* et *Loizidou* sont fort peu convaincants à cet égard 418/; mais encore, dans son principe même, une telle recherche se heurte à de graves objections.

b) *Les droits et les devoirs de l'Etat réservataire*

231. Si l'on tient pour acquis ce qui précède,

1°. les organes de surveillance des traités de droits de l'homme peuvent apprécier la licéité des réserves formulées par les Etats au regard du régime de réserves applicable;

415/ Commentaires (*supra* note 87), sect. 7, V. aussi les commentaires (*supra, ibid.*) des Etats-Unis, section 5 et du Royaume-Uni, par. 14.

416/ V. *supra* par. 223.

417/ Cf. l'opinion (*supra* note 325) de Sir Hersch LAUTERPACHT dans l'affaire de l'*Interhandel*, CIJ *Rec.* 1959, p. 112-116; v. aussi R.W. EDWARDS Jr., *op. cit.* (note 388), p. 375.

418/ Dans l'affaire *Belilos*, la C.E.D.H. a, très visiblement sous-estimé l'importance de la réserve aux yeux des autorités helvétiques comme le montrent les hésitations de la Suisse à demeurer partie à la Convention après le prononcé de l'arrêt (v. *supra* note 378). Et les motifs - exactement contraires - donnés par la Cour de Strasbourg à l'appui de sa décision dans l'affaire *Loizidou* sont pour le moins cavaliers à l'égard d'un Etat souverain dont la Cour met purement et simplement en doute les déclarations faites solennellement devant elle en procédure (v. par. 219).

2°. s'ils estiment qu'elle n'est pas licite, ils ne peuvent qu'en tirer la conséquence que l'Etat réservataire n'est pas lié en l'état 419/,

3°. mais il ne leur appartient pas de se substituer à lui pour déterminer si celui-ci entend ou non être lié par le traité malgré l'illicéité de la réserve dont il avait assorti l'expression de son consentement à être lié.

232. L'attitude de l'Etat réservataire est donc cruciale et le problème se pose de savoir s'il est lié par des règles juridiques ou s'il bénéficie d'une compétence purement discrétionnaire.

233. Ici encore, il est commode de décomposer le problème en deux questions distinctes même si elles sont liées :

- les constatations de l'organe de contrôle s'imposent-elles à l'Etat réservataire?
- quelle que soit la réponse à la question précédente, l'Etat a-t-il le choix entre plusieurs types de réactions?

i) La force contraignante des constatations de l'organe de contrôle

234. Bien qu'elle semble controversée 420/, la réponse à cette première question ne fait guère problème. Il paraît en effet presque évident que l'autorité des constatations effectuées par l'organe de contrôle en matière de réserves est fonction des compétences qui lui sont dévolues : elles auront force de chose jugée si l'organe est de caractère juridictionnel ou arbitral et statue au contentieux, et valeur d'avis consultatif ou de recommandation dans les autres cas.

235. Concrètement, il est vrai, les choses sont un peu plus complexes. D'une part en effet, il n'est pas toujours aisé de déterminer la nature exacte de l'organe appelé à se prononcer; d'autant moins qu'un même organe peut exercer tour à tour des compétences diverses. D'autre part, celles-ci n'entrent pas forcément dans des catégories bien déterminées et clairement identifiées en droit. Enfin, la portée exacte de certains instruments fait l'objet de controverses doctrinales et, même lorsque ce n'est pas le cas, des problèmes objectifs peuvent se poser à cet égard 421/. Tous ces problèmes, qui sont réels, ne présentent cependant aucune spécificité dans le domaine des réserves. Il suffit donc de s'en tenir à la directive très générale énoncée ci-dessus 422/.

419/ Sauf dans l'hypothèse, difficile à imaginer concrètement, de la "divisibilité" (v. *supra* par. 220 à 223).

420/ V. *infra* par. 236 et s.

421/ V. par exemple *infra* par. 241.

422/ Par. 234.

236. On peut cependant relever que, même sur ce point, l'Observation générale n° 24 du Comité des Droits de l'homme n'a pas échappé aux critiques. En particulier, le Royaume-Uni lui a reproché d'avoir employé "le verbe 'déterminer' pour désigner ses fonctions en ce qui concerne le statut des réserves" et de l'avoir fait au surplus "dans le contexte de son *dictum* selon lequel la tâche en question n'est pas du ressort des Etats parties" 423/.

237. Si le Comité entendait par là qu'il lui incombe de prendre des décisions obligatoires pour les Etats parties, cette objection est très probablement fondée : les "observations", les "rapports" et les "constatations" adoptés par le Comité en application des articles 40 et 41 du Pacte ou de l'article 5 du Protocole I n'ont certainement pas valeur juridiquement obligatoire 424/. "Constater" eut peut-être été plus exact mais il est certainement vrai que "too much is not to be read into the verb 'determine'" 425/ (il ne faut pas trop lire dans le verbe 'déterminer') : le Comité peut prendre position sur la licéité ou l'illicéité des réserves formulées par les Etats parties au Pacte dans l'exercice de ses fonctions générales de surveillance de la mise en oeuvre de cet instrument, mais il ne faut pas confondre "a competence to do something with the binding effect of that which is done" 426/ (la compétence de faire quelque chose avec l'effet obligatoire de ce qui est fait).

238. Du reste, lorsqu'il a examiné le premier rapport des Etats-Unis, après l'adoption de l'Observation générale n° 24, le Comité s'est borné à noter "avec regret l'étendue des réserves et des déclaration d'interprétation, faites par l'Etat partie à l'égard du Pacte" et à relever "en particulier les réserves au paragraphe 5 de l'article 6 et à l'article 7 du Pacte, qui lui paraissent incompatibles avec les fins de cet instrument" 427/. Et, lors de la dernière séance consacrée à l'examen de ce rapport, le Président du Comité a indiqué, en réponse aux préoccupations exprimées par les Etats-Unis :

"Les interprétations du Comité telles qu'elles figurent dans ses observations générales n'ont pas un caractère contraignant bien qu'il espère qu'elles auront un certain poids et feront autorité" 428/.

239. Les formules utilisées par les Présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans leurs

423/ Commentaires (*supra* note 87), par. 11.

424/ "The legally binding nature of any "determination" of the Committee, whether on the issue or otherwise, is problematic" (La nature juridiquement obligatoire de toute "détermination" faite par le Comité, que ce soit à ce sujet ou autrement, est douteuse) (R. HIGGINS, *op. cit.* (note 98), p. 5, note 7 (version dact.)).

425/ *Ibid.*

426/ *Ibid.* p. 10 (version dact.).

427/ Observations (*supra* note 282), par. 14.

428/ CCPR/C/SR.1406, par. 3.

rapports de 1992 et 1994 429/ appellent les mêmes remarques : elles sont diverses et ne sauraient, de toutes manières, impliquer que les organes concernés ont davantage de pouvoirs dans ce domaine que ceux qui leur sont conférés par leurs statuts.

240. Ces pouvoirs sont, également, très variables selon les circonstances et d'un organe à un autre. Il n'en reste pas moins qu'en ratifiant les traités qui les instituent, les Etats parties s'engagent à les exécuter de bonne foi, ce qui implique à tout le moins qu'ils examinent de bonne foi les remarques et les recommandations que ces organes leur font 430/.

ii) Les réactions attendues de l'Etat réservataire

241. La valeur juridique des constatations effectuées par les organes de contrôle n'est évidemment pas sans influence sur la nature et la portée des obligations en découlant pour l'Etat réservataire dont la réserve est déclarée illicite. Si un tel organe est doté de pouvoirs décisionnels, l'Etat doit s'y plier. Cette règle est cependant tempérée par deux éléments :

- en premier lieu, il n'est pas absolument évident, en droit strict, qu'un Etat serait juridiquement tenu de retirer une réserve déclarée illicite si cette question ne constitue pas l'objet même de la décision; or, s'agissant des organes de surveillance des traités de droits de l'homme, une telle éventualité n'est susceptible de se produire que rarement 431/;

429/ "Les organes concernés devraient systématiquement examiner les réserves formulées lors de l'examen des rapports et demander, parmi les questions aux gouvernements, si une réserve donnée est toujours nécessaire et s'il est envisagé de retirer une réserve qui pourrait être considérée par l'organe compétent comme incompatible avec l'objet et le but de l'instrument" (Rapport A/47/628, (*supra* note 83), par. 36); "Ils recommandent à ces organes de déclarer clairement que certaines réserves à des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont contraires à l'objet et au but de ces instruments et par conséquent incompatibles avec le droit des traités" (Rapport A/49/537, (*supra* note 83), par. 30).

430/ Cf. R. HIGGINS, *op. cit.* (note 98), p. 5, note 11 (version dact.); et, plus généralement, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.* (note 128), p. 372.

431/ Il pourrait cependant en aller ainsi si un Etat (réservataire ou objectant) saisissait la Cour européenne des droits de l'homme d'un litige relatif aux réserves au titre de l'article 46 de la Convention européenne des Droits de l'homme ou de l'article 62 de la Convention interaméricaine. En revanche, on considère généralement que le principe de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*) ne s'étend qu'au dispositif des décisions juridictionnelles ou arbitrales et aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, mais pas à l'ensemble de ceux-ci; or, si un organe juridictionnel se prononce sur la licéité d'une réserve à l'occasion d'une requête, individuelle ou interétatique concernant l'application de la Convention, il est douteux que les constatations faites sur ce point doivent être considérées comme étant *res judicata*.

- en second lieu, toujours en droit strict, à supposer qu'une telle décision survienne, elle serait revêtue de l'autorité relative de la chose jugée, et n'imposerait donc d'obligation à l'Etat défendeur qu'à l'égard du ou des requérants 432/.

242. Il convient cependant de ne pas attacher d'importance excessive à ces considérations strictement techniques : il n'est guère concevable qu'un Etat soucieux de respecter le droit - et de son image internationale - s'en tienne à une position aussi restrictive. Il en va au moins des constatations qui seraient faites en telles circonstances de même que des recommandations ou des avis consultatifs : si de tels instruments ne lient pas, ils permettent 433/, et les Etats parties ne sauraient, sans manquement au principe de la bonne foi, demeurer indifférents à des constatations concernant l'étendue de leurs engagements faites, dans l'exercice de ses fonctions (contentieuses, consultatives ou autres), par un organe institué en vertu d'un traité par lequel ils ont voulu se lier.

243. Dans tous les cas où un tel organe a constaté l'illicéité de la réserve, l'Etat se trouve donc placé devant un choix, puisque, sauf cas exceptionnel, c'est à lui seul qu'il appartient de déterminer si la réserve illicite dont il a assorti l'expression de son consentement à être lié était un élément essentiel de celui-ci 434/.

244. Deux options lui sont certainement ouvertes :

- le retrait pur et simple de la réserve, ou
- la terminaison de sa participation au traité.

245. Dans l'une comme dans l'autre de ces hypothèses, il faut sans doute considérer que sa décision produit ses effets, en tous cas certains effets, *ab initio* : par définition même, si la réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité 435/, elle dénature celui-ci, le vide de sa substance, si bien qu'il est difficile de considérer que l'Etat réservataire a véritablement

432/ V. *supra* par. 205, la position de Sir Humphrey WALDOCK.

433/ V. par exemple: Jean-Paul JACQUE, Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, L.G.D.J., Paris, 1975, p. 238 ou P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.* (note 128), p. 373-374.

434/ V. *supra* par. 228 à 231.

435/ D.W. BOWETT fait une distinction entre une réserve "fundamentally inconsistent with the object and purpose of the treaty" (fondamentalement incompatible avec l'objet et le but du traité) et une réserve simplement "inadmissible" (irrecevable) (*op. cit.* note 296, p. 77) et en tire la conséquence que seule la première est "a nullity and if severable can be struck out" (entachée de nullité [absolue] et, si elle est dissociable, peut être écartée) (*ibid.*, p. 84). *Contra* : C. REDGWELL, *op. cit.* (note 97), p. 267-268.

été partie au traité 436/. Ceci étant, on ne saurait avoir une conception trop absolue de la nullité qui résulterait de l'incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité : la constatation de son illicéité peut intervenir très longtemps après l'expression du consentement de l'Etat à être lié 437/ et avoir produit entre temps des effets de droit, sur lesquels il peut être difficile ou impossible de revenir.

246. Il n'est pas douteux que la décision de l'Etat réservataire de mettre fin aux rapports conventionnels à la suite de la constatation de l'illicéité de sa réserve présente de réels inconvénients. En particulier, comme le note le Juge MACDONALD, "[t]o exclude the application of an obligation by reason of an invalid reservation is in effect to give full force and effect to the reservation" 438/ (exclure la mise en oeuvre d'une obligation pour cause de réserve non valide revient en fait à donner pleine force et plein effet à la réserve). Cette affirmation appelle cependant deux observations :

1°. cet auteur se place ici dans l'hypothèse de la "divisibilité" 439/; or ce qui est envisagé ici est différent : l'Etat renonce au bénéfice du traité dans son ensemble (ou retire la réserve contestée);

2°. dès lors, la décision de l'Etat réservataire de se mettre fin aux rapports conventionnels a simplement pour effet de rétablir le *statu quo ante*.

247. Il reste que si l'on rapporte cette situation de "tout ou rien" aux fonctions du régime de réserves 440/, elle n'est pas satisfaisante et risque de compromettre l'objectif d'universalité, en incitant l'Etat réservataire à sortir du cercle conventionnel. La question se pose donc de savoir si cet Etat ne peut s'orienter vers une solution intermédiaire qui préserverait l'intégrité du traité tout en lui permettant de maintenir sa participation sans lui causer de difficultés insurmontables. En d'autres termes, est-il juridiquement concevable que l'Etat concerné modifie sa réserve pour la rendre compatible avec l'objet et le but du traité 441/ ?

248. *Prima facie*, une telle solution intermédiaire semble difficilement compatible avec le "régime de Vienne" puisque, conformément aux dispositions de l'article 19 des Conventions de 1969 et 1986, la formulation d'une réserve n'est possible qu'"au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver

436/ Indépendamment de l'hypothèse évoquée dans la note précédente, il peut en aller différemment si une réserve est interdite par le traité - du fait d'une clause de réserves - mais ne peut cependant pas être tenue pour contraire à l'objet et au but du traité.

437/ V. *supra* par. 213.

438/ *Op. cit.* (note 348), p. 449.

439/ V. *supra* par. 222.

440/ V. *supra* par. 90-98.

441/ Ou qu'il remédie à la cause quelconque qui était à l'origine de l'illicéité de sa réserve.

un traité ou d'y adhérer". Au surplus, la faculté de formuler une objection à une réserve est enfermée dans des délais limités par l'article 20, paragraphe 5.

249. L'objection ne paraît pourtant pas dirimante. D'une part, si l'on considère que l'Etat n'a, en réalité, jamais exprimé de consentement valide à être lié par le traité 442/, la "régularisation" de sa réserve apparaît en fait concomitante avec l'expression de son consentement à être lié. D'autre part et surtout, si, comme cela semble inévitable sauf à porter gravement atteinte au principe fondamental du consentement, qui est à la base même de tout engagement conventionnel 443/, l'Etat réservataire peut renoncer à participer au traité, on voit mal pourquoi il ne pourrait pas, tout aussi bien, modifier le sens de sa réserve de façon à la rendre compatible avec l'objet et le but du traité et, donc, admissible. Cette solution, qui n'est pas incompatible avec les règles de Vienne, présente le grand avantage de concilier les exigences de l'intégrité et de l'universalité, inhérentes à tout régime de réserves.

250. Comme l'a écrit le Juge VALTICOS, dans l'opinion partiellement dissidente qu'il a jointe à l'arrêt *Chorherr* de la Cour européenne des Droits de l'homme, le rejet de cette possibilité

"ne serait [...] pas raisonnable, puisque le gouvernement intéressé n'a été informé de la non-validité de sa réserve que plusieurs années après la ratification. Le gouvernement concerné devrait donc avoir la possibilité de rectifier la situation et de formuler une réserve valable dans un délai raisonnable et sur la base de sa réserve antérieure" 444/.

251. Il existe d'ailleurs au moins un précédent en ce sens. En effet, bien que, par l'arrêt *Belilos*, la C.E.D.H. eût estimé que la Suisse était liée "indépendamment de la validité de la déclaration" dont elle avait constaté la non-conformité à l'article 64 de la Convention 445/, ce pays, conformément d'ailleurs à une suggestion qu'il avait faite devant la Cour et que celle-ci n'avait pas retenue 446/, a formulé une nouvelle déclaration 447/, sans

442/ V. *supra* par. 245.

443/ V. *supra* par. 228.

444/ Opinion (*supra* note 332), p. 16-17. Le Juge VALTICOS suggère en outre que toute nouvelle déclaration ou réserve soit soumise à la C.E.D.H. pour appréciation de validité; rien ne s'y oppose de *lege ferenda*, mais il faudrait pour cela qu'un texte exprès le prévoit, sauf à n'utiliser que la procédure de l'avis consultatif du Protocole n° 2.

445/ V. *supra*, par. 219.

446/ V. W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 118), p. 76 et 77.

447/ Ann. C.E.D.H., 1988, vol. 31, p. 5. La Suisse a même modifié une nouvelle fois sa déclaration l'année suivante et le Liechtenstein - dont la propre déclaration, identique, n'avait cependant pas été déclarée non valide par la Cour - a fait de même en 1992 (v. W.A. SCHABAS, *op. cit.* (note 118),

susciter, semble-t-il, objections ni protestations. Plus généralement du reste, on doit sans doute admettre que les Etats, qui peuvent, à tout moment retirer leurs réserves, peuvent également les « atténuer »; ici encore, la pratique récente du Secrétaire général en tant que dépositaire est d'ailleurs en ce sens 448/.

Conclusion de la section 3 : La coexistence des mécanismes de contrôle

252. En conclusion, il apparaît que :

1°. si les traités de droits de l'homme ne présentent pas, quant à leur contenu, une spécificité justifiant de leur appliquer un régime de réserves dérogatoire, en revanche, la création, par la plupart d'entre eux, d'organes de surveillance de leur mise en oeuvre a une influence sur les modalités du contrôle de la licéité des réserves;

2°. bien que cela ne soit pas prévu par leurs statuts, ces organes ont entrepris de contrôler la licéité des réserves aux instruments les instituant; une compétence à cette fin doit leur être reconnue : elle est une condition nécessaire à l'exercice des fonctions générales de surveillance dont ils sont investis;

3°. comme les Parties contractantes elles-mêmes dans leurs rapports *inter se* ou les autres organes de règlement des différends éventuellement compétents, les organes de surveillance contrôlent la licéité des réserves aux traités de droits de l'homme en se fondant sur le critère de l'objet et du but, confirmant ainsi l'adaptation à ces instruments du régime souple de réserves consacré par les Conventions de 1969 et 1986;

4°. la valeur juridique des constatations faites par ces organes dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle ne saurait excéder celle résultant des pouvoirs dont ils sont dotés pour s'acquitter de leur mission générale de surveillance; toutefois, dans tous les cas, les Etats doivent examiner ces constatations de bonne foi et, le cas échéant, remédier aux illicéités constatées;

5°. les organes de contrôle de la licéité des réserves, quels qu'ils soient, ne peuvent se substituer à l'Etat réservataire dans la détermination de ses intentions quant à l'étendue des obligations conventionnelles qu'il est prêt à assumer; c'est donc à lui seul qu'il appartient de décider de quelle

p. 77).

448/ A la suite de plusieurs objections, le 5 juillet 1995, le Gouvernement de la Jamahiriya arabe libyenne a informé le Secrétaire général de son intention de « modifier en la rendant plus spécifique, » la réserve générale qu'elle avait formulée lors de son adhésion à la Convention contre la discrimination à l'égard des femmes; le Secrétaire général a communiqué cette modification (cf. ST/LEG/SR.E/14, p. 180, 186-189 et 190, note 20), sans susciter d'oppositions ou de critiques. (V. également la notification du Gouvernement finlandais au Secrétaire général en date du 10 février 1994, visant à modifier, en réduisant sa portée, une réserve à la Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, en date du 26 octobre 1961 (*Ibid.*, p. 698).

manière il convient de mettre fin au vice qui affecte l'expression de son consentement du fait de l'illicéité de la réserve;

6°. cette « mise en conformité » peut se traduire par le retrait pur et simple de la réserve illicite ou par sa modification.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE

253. Compte tenu de l'importance des problèmes que soulève la pratique récente des organes chargés de la surveillance de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme en matière de réserves et de l'ampleur des controverses que celle-ci suscite, le Rapporteur spécial a cru devoir s'écarter quelque peu des intentions qu'il avait affichées lors de la présentation de son Rapport préliminaire quant à l'ordre dans lequel il aborderait les différentes questions posées par le sujet « Les réserves aux traités ». Il lui paraît en effet nécessaire que la Commission du Droit international expose le point de vue du droit international général, dont elle est l'un des organes, dans ce débat parfois obscurci, et en tout cas faussé, par des prises de position, inspirées des meilleures intentions, mais qui, trop sectorielles, ont tendance à exagérer les particularismes de tel ou tel domaine, telle ou telle branche du droit, tel ou tel traité, au détriment de l'unité des règles du droit international.

254. Certes, l'unité n'est pas un but en soi et il est tout à fait concevable d'envisager l'application de règles diversifiées à des situations différentes lorsque celles-ci le justifient. Toutefois, les réserves aux traités ne paraissent pas exiger une telle diversification normative : le régime en vigueur est caractérisé par sa souplesse et son adaptabilité et réalise de manière satisfaisante le nécessaire équilibre entre les exigences contradictoires de l'intégrité et de l'universalité du traité.

255. Quoiqu'on en ait dit ou écrit, cet objectif d'équilibre est universel. Quel que soit son objet, un traité demeure un traité et exprime la volonté des Etats (ou des organisations internationales) qui y sont parties. Le régime des réserves a pour objectif de permettre à ces volontés de s'exprimer de manière équilibrée et il y parvient de façon globalement satisfaisante. Il serait regrettable de le remettre en cause en accordant une importance indue à des considérations sectorielles qui peuvent parfaitement s'accomoder du régime existant.

256. Cette conclusion générale doit toutefois être tempérée par deux considérations :

- en premier lieu, on ne saurait nier que le droit ne s'est pas figé en 1951 ou 1969 449/; des problèmes qui ne se posaient pas (ou guère) alors, ont surgi et il convient d'y répondre; de l'avis du Rapporteur spécial, cette réponse peut et doit être apportée dans l'esprit des « règles de Vienne », étant entendu que celles-ci doivent être adaptées et prolongées, le cas échéant, lorsque le besoin s'en fait sentir;
- en second lieu, il convient de garder à l'esprit que le moyen normal d'adapter les règles générales du droit international à des besoins et à des circonstances particuliers est d'adopter, par la voie

449/ V. (*supra* note 2) Rapport préliminaire, par. 161 et 162.

conventionnelles, les règles adéquates, ce qui peut aisément être fait dans le domaine des réserves par l'adoption de clauses de réserves dérogatoires si les Parties en ressentent le besoin.

257. Plus spécifiquement, aucune considération décisive ne paraît imposer l'adoption d'un régime particulier de réserves pour les traités normatifs, ni même pour les traités de droits de l'homme. Les particularités de ces instruments étaient parfaitement présentes à l'esprit des Juges de 1951 et des « codificateurs » des années ultérieures et ne leur ont pas semblé, à juste titre selon le Rapporteur spécial, justifier un régime global dérogatoire.

258. En revanche, on peut légitimement considérer que les rédacteurs des Conventions de Vienne n'ont guère envisagé le rôle que les organes de surveillance de l'application de certains traités pourraient être conduits à jouer, notamment dans le domaine de la protection des droits de l'homme, dans la mise en oeuvre du régime des réserves qu'ils ont consacré. A vrai dire, ce rôle peut assez facilement être circonscrit par l'application de principes généraux du droit international et en gardant à l'esprit à la fois les fonctions d'un régime de réserves et celles qui incombent à ces organes.

259. Toutefois, il y a là deux circonstances - la seconde surtout - qui peuvent justifier l'adoption de clauses de réserves particulières ce qui permet, dans tous les cas, d'éviter des controverses stériles.

260. Au bénéfice de ces remarques, il semble au Rapporteur spécial que la Commission s'acquitterait pleinement de son rôle de promotion du développement progressif du droit international et de sa codification 450/, en adoptant une résolution à l'intention de l'Assemblée générale que celle-ci voudra peut-être porter à l'attention des Etats et des différentes parties prenantes au débat, dans l'espoir au moins d'en préciser les données juridiques et de le clarifier. C'est dans cet esprit qu'a été rédigé le projet de résolution reproduit ci-après.

450/ Cf. l'article premier du Statut.

PROJET DE RESOLUTION DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES RESERVES AUX TRAITES MULTILATERAUX NORMATIFS,
Y COMPRIS AUX TRAITES DE DROITS DE L'HOMME

La Commission du droit international,

Ayant examiné la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves lors de sa quarante-huitième session,

Consciente des débats actuellement menés dans s'autres enceintes au sujet des réserves aux traités multilatéraux normatifs, tout particulièrement aux traités relatifs aux droits de l'homme,

Souhaitant faire entendre la voix du droit international dans ces débats,

1. *Réaffirme* son attachement à l'application effective du régime de réserves consacré par les articles 19 à 23 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986 et, particulièrement, au critère fondamental de l'objet et du but du traité comme critère fondamental d'appréciation de la licéité des réserves;

2. *Considère* que, par sa souplesse et sa flexibilité, ce régime est adapté aux exigences de l'ensemble des traités, quels que soient leur objet ou leur nature, et réalise un équilibre satisfaisant entre les objectifs de préservation de l'intégrité du texte du traité et de l'universalité de la participation à celui-ci;

3. *Estime* que ces objectifs valent tout autant s'agissant des réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme et que, dès lors, les règles générales énoncées dans les Conventions de Vienne prémentionnées sont pleinement applicables aux réserves à ces instruments;

4. *Considère néanmoins* que la création par de nombreux traités de droits de l'homme de mécanismes de surveillance pose des problèmes particuliers qui n'ont pas été envisagés lors de l'élaboration de ces Conventions, en ce qui concerne le contrôle de la licéité des réserves formulées par les Etats;

5. *Considère en outre* que, bien que ces traités soient muets à ce sujet, les organes qu'ils créent ont nécessairement compétence pour s'acquitter de cette tâche de contrôle, indispensable à l'exercice des fonctions dont ils sont chargés, mais que le contrôle qu'ils peuvent exercer sur la licéité des réserves n'est pas exclusif des modalités traditionnelles de contrôle par les Parties contractantes d'une part, conformément aux dispositions précitées des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et, le cas échéant, par les organes de règlement d'un différend qui pourrait surgir quant à l'application du traité;

6. *Tient également pour certain* que c'est à l'Etat réservataire seul qu'il appartient de tirer les conséquences de l'incompatibilité de la réserve qu'il a formulée avec l'objet et le but du traité; pour ce faire, l'Etat peut renoncer à devenir partie, soit retirer sa réserve ou la modifier de façon à remédier à l'illicéité constatée;

7. *Appelle* les Etats à coopérer pleinement et de bonne foi avec les organes de contrôle de la licéité des réserves lorsqu'il en existe;

8. *Suggère* qu'il serait souhaitable qu'à l'avenir des clauses spécifiques soient insérées dans les traités normatifs multilatéraux, notamment dans les traités de droits de l'homme, afin de lever toutes les incertitudes relatives au régime de réserves applicable, au pouvoir de contrôle de leur licéité appartenant aux organes de surveillance qu'ils instituent et aux effets juridiques de ce contrôle;

9. *Exprime l'espoir* que les principes énoncés ci-dessus permettront de clarifier le régime de réserves applicable aux traités multilatéraux normatifs, en particulier dans le domaine des droits de l'homme; et

10. *Suggère* à l'Assemblée générale de porter la présente résolution à l'attention des Etats et des organes qui pourraient à contrôler la licéité de ces réserves.
