



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/2004/42
19 juillet 2004

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME

Sous-Commission de la promotion et
de la protection des droits de l'homme
Cinquante-sixième session
Point 6 de l'ordre du jour provisoire

QUESTIONS SPÉCIFIQUES SE RAPPORTANT AUX DROITS DE L'HOMME

Réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme

Document de travail final présenté par M^{me} Françoise Hampson^{*}**

* La soumission tardive du présent rapport s'explique par le souci d'y faire figurer des informations aussi à jour que possible.

** Les notes de fin de document sont reproduites telles quelles, dans la langue originale seulement.

Résumé

L'examen de ce sujet conduit à envisager deux relations différentes: celle existant entre un État réservataire et un autre État partie, et celle existant entre le premier État et le mécanisme de contrôle du traité. D'une manière générale, la validité ou l'effet utile d'une réserve ne joue pas un rôle déterminant. Dans l'exercice de ses fonctions de contrôle, un organe conventionnel peut examiner toute éventuelle réserve avec l'État partie. Cela vaut pour des réserves valables comme pour celles dont la validité pourrait être contestée. La question de la validité peut devenir déterminante lorsque ou si un organe conventionnel est appelé à rendre un avis, dans une affaire interétatique ou sur une requête individuelle. En application des règles normales du droit conventionnel relatives aux réserves telles qu'elles sont énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, un État est libre de faire toute réserve qui n'est pas interdite par les termes du traité à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité. En application de ces règles et du principe selon lequel un organe judiciaire ou quasi judiciaire est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence, les organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme sont compétents pour déterminer si une réserve est ou non incompatible avec l'objet et le but du traité. On examinera aussi dans le présent document les problèmes liés à la détermination de l'absence de validité d'une réserve et les conséquences d'une telle détermination.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1 – 5	4
I. LA FORMULATION DE RÉSERVES À DES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME	6 – 20	5
II. LA RÉACTION DES AUTRES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES	21 – 35	8
III. LA RÉACTION DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE.....	36 – 62	12
IV. FAITS NOUVEAUX DEPUIS LA CINQUANTE-CINQUIÈME SESSION DE LA SOUS-COMMISSION.....	63 – 67	18
V. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	68 – 73	20

Introduction

1. Dans sa décision 1998/113, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a demandé à Françoise Hampson d'établir un document de travail sur la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. Un premier document de travail E/CN.4/Sub.2/1999/28 et Corr.1) a été présenté. Dans sa résolution 2001/17, la Sous-Commission a confié à M^{me} Hampson le soin d'établir un document de travail élargi, étant entendu que son étude ne devait pas faire double emploi avec les travaux menés par ailleurs par la Commission du droit international. À la cinquante-troisième session de la Sous-Commission, M^{me} Hampson a présenté un document (E/CN.4/Sub.2/2002/34) récapitulant dans un tableau les réserves et déclarations formulées à l'égard des six principaux traités relatifs aux droits de l'homme¹ et la réaction des autres États. À la cinquante-cinquième session de la Sous-Commission, M^{me} Hampson a présenté un document de travail élargi (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2).
2. Dans sa décision 2003/114, la Sous-Commission a demandé à M^{me} Hampson d'actualiser son document de travail élargi et d'en soumettre une version finale à la Sous-Commission à sa cinquante-sixième session.
3. C'est comme suite à cette demande qu'est soumis le présent document.
4. Le premier document de travail faisait référence à certains autres faits intervenus dans ce domaine, en particulier l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme (1994) et les commentaires à ce sujet de trois États², et le deuxième rapport du Rapporteur spécial de la Commission du droit international (CDI) sur les réserves aux traités (A/CN.4/477 et add. et corr.). Depuis, la reconnaissance généralisée de l'existence d'un problème particulier concernant les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme a suscité différents types de documents:
 - a) De nouveaux rapports du Rapporteur spécial de la CDI, notamment les troisième (A/CN.4/491), cinquième (A/CN.4/508), septième (A/CN.4/526) et huitième rapports (A/CN.4/535);
 - b) Des déclarations du Comité des droits de l'homme, tant dans sa jurisprudence³ que dans ses observations faisant suite à l'examen de rapports d'États parties;
 - c) Un document du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes portant sur la pratique des organes conventionnels à l'égard des réserves (CEDAW/C/II/4);
 - d) Une compilation des réserves à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CERD/C/60/Rev.4);
 - e) Des analyses théoriques du problème⁴;
 - f) Divers autres documents⁵.
5. Pour éviter d'éventuels doubles emplois avec les travaux du Rapporteur spécial de la CDI, l'accent a été mis dans le présent rapport sur l'application des règles aux réserves existantes

concernant les sept principaux traités relatifs aux droits de l'homme, en particulier sous l'angle de l'exercice des responsabilités des mécanismes de contrôle.

I. LA FORMULATION DE RÉSERVES À DES TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME

6. Bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités n'ait pas un caractère rétroactif, ses articles 19 à 22, qui traitent de la formulation de réserves et de leurs effets, sont généralement acceptés comme point de départ de toute discussion⁶. Rien dans la Convention de Vienne n'indique qu'un régime spécial s'appliquerait aux traités relatifs aux droits de l'homme ou à une catégorie particulière de traités incluant les traités relatifs aux droits de l'homme⁷.

7. Pour certains, il faudrait deux types de règles: les unes régissant des traités purement consensuels et les autres applicables aux obligations de caractère normatif⁸. Aucun élément ne vient étayer une telle distinction dans les règles elles-mêmes. Il a aussi été avancé qu'une telle distinction était valable pour l'application des règles (et non pas pour les règles elles-mêmes), mais c'est là un sujet de débat.

Un État peut-il formuler une «réserve» à un traité relatif aux droits de l'homme?

8. L'article 19 de la Convention de Vienne dispose qu'au moment de signer ou de ratifier un traité, un État peut formuler une réserve si cela est expressément prévu dans le traité⁹ ou si le traité ne contient pas de dispositions quant aux éventuelles réserves¹⁰ et à la condition que cette réserve ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité. Dans la pratique, la question la plus difficile est celle de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité.

Qualification d'une déclaration comme réserve

9. Les États définissent parfois eux-mêmes les déclarations qu'ils font lors de la signature ou de la ratification, en les qualifiant de réserve, de déclaration, protocole d'entente, etc. (voir E/CN.4/Sub.2/2002/34). La question peut se poser de savoir si cette qualification établit de façon décisive la nature de la déclaration ou si d'autres Hautes Parties contractantes et/ou l'organe de contrôle peuvent la contester¹¹.

10. Dans d'autres situations, un État peut ne pas qualifier du tout sa déclaration. Il faudra au moins, dans l'attente éventuellement d'une clarification par l'État signataire/ratifiant, que d'autres Hautes Parties contractantes et/ou le mécanisme de contrôle décident d'une première appellation.

11. Ces questions soulèvent des problèmes d'ordre général en rapport avec le droit des réserves, qui sont examinés par le Rapporteur spécial de la CDI.

Éventuelle incompatibilité entre la «réserve» et l'objet et le but du traité – nature juridique d'une réserve non valable

12. Selon certains, une «réserve» incompatible avec l'objet et le but d'un traité n'est tout simplement pas une réserve¹² et n'est donc pas visée par les articles 20 à 22 de la Convention de Vienne, qui portent sur l'opposabilité d'une réserve valable aux autres Hautes Parties contractantes. Cela pourrait être d'une importance considérable dans le cas des traités relatifs aux

droits de l'homme au vu de la proportion exceptionnellement élevée des réserves qui ont fait l'objet d'une objection fondée sur l'incompatibilité¹³. La pratique des États quant aux types de «réserves» qui sont formulés et aux types d'objections qui leur sont opposés semble différer sensiblement de celle concernant d'autres traités, non liés aux droits de l'homme.

13. La Cour internationale de Justice (CIJ), dans son avis consultatif concernant les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1950-1951), a conclu que «l'État qui a formulé et maintenu une réserve à laquelle une ou plusieurs parties à la Convention font objection, les autres parties n'en faisant pas, peut être considéré comme partie à la Convention si ladite réserve est compatible avec l'objet et le but de celle-ci»¹⁴ (non souligné dans le texte).

14. La Convention de Vienne sur le droit des traités, qui, à cet égard, explicite en quelque sorte l'avis consultatif de la CIJ, dispose:

«Article 19: Formulation des réserves

Un État, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins:

- a) que la réserve ne soit interdite par le traité;
- b) que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites; ou
- c) que dans les cas autres que ceux visés aux alinéas *a* et *b*, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité.» (non souligné dans le texte).

15. Tant l'avis consultatif de la Cour que l'article de la Convention signifient que si une réserve n'est pas compatible, elle ne peut être acceptée. L'article 19, en traitant seulement des obligations de l'État réservataire, interdit à un État de formuler une «réserve» qui serait incompatible avec l'objet et le but du traité. Si une telle «réserve» ne peut même pas être formulée, un autre État ne saurait l'accepter. La compatibilité avec l'objet et le but du traité est, dans cette mesure, une condition impérative de la validité de la déclaration en tant que réserve aux fins des articles 19 à 23 de la Convention de Vienne. Dans un tel cas, il n'y a que deux possibilités: soit l'État ne devient pas du tout partie à la Convention, soit il y devient partie sans le bénéfice de la «réserve».

16. Cette dernière approche a été adoptée par plusieurs États à l'égard de réserves considérées comme incompatibles avec l'objet et le but d'instruments de droit humanitaire, en l'occurrence les Conventions de Genève de 1949. Le Royaume-Uni a déclaré au moment de la ratification, à l'égard des réserves aux articles 12 et 85 de la Troisième Convention de Genève et à l'article 45 de la Quatrième Convention de Genève faites par l'Albanie, la République socialiste soviétique de Biélorussie, la Bulgarie, la Chine, la Tchécoslovaquie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, la République socialiste soviétique d'Ukraine et l'Union des Républiques socialistes soviétiques que

«... s'il considère tous les États susmentionnés comme parties aux Conventions en question, il ne reconnaît pas comme valides les réserves susvisées et (...), par conséquent,

il considérera toute application d'une de ces réserves comme une infraction à la Convention à laquelle la réserve se rapporte».

17. En 1975, le Royaume-Uni a objecté en termes similaires à des réserves analogues du Gouvernement révolutionnaire de la République du Viet Nam du Sud, de la République de Guinée-Bissau, de la République démocratique d'Allemagne et de la République démocratique du Viet Nam. En 1985, le Royaume-Uni a de même fait une objection à la réserve émise par l'Angola à l'article 85 de la Troisième Convention de Genève. L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont fait, au moment de la ratification, une objection similaire à celle du Royaume-Uni concernant les réserves de 9 des 10 États de la liste initiale (à l'exception de la Chine). Au moment de la ratification, les États-Unis ont formulé une déclaration rejetant les réserves, à l'exception de celles visant le paragraphe 2 de l'article 68 de la Quatrième Convention de Genève, que d'autres États avaient faites mais en soulignant que

«... les États-Unis acceptent les relations conventionnelles avec toutes les parties [aux Conventions] exception faite des modifications proposées par ces réserves»¹⁵.

Le Royaume-Uni a ratifié les Conventions de Genève le 23 septembre 1957, l'Australie le 14 octobre 1958, la Nouvelle-Zélande le 2 mai 1959 et les États-Unis le 2 août 1955, c'est-à-dire que ces ratifications ont été postérieures à l'avis consultatif de la CIJ. Dans le cas du Royaume-Uni, certaines des réserves ont même été postérieures à l'adoption de la Convention de Vienne. Dans tous ces cas, les États objectants ont en fait dissocié la déclaration à laquelle ils ont fait objection.

18. Si elle permet d'éviter toute une série de difficultés d'ordre pratique, cette approche n'est pas sans poser de problèmes. Premièrement, il n'existe pas de mécanisme permettant de déterminer, dès sa réception, qu'une déclaration est incompatible et ne constitue donc pas une réserve. Il revient par conséquent en premier lieu aux autres Hautes Parties contractantes d'indiquer qu'elles ne la considèrent pas comme une réserve. Lorsqu'une déclaration n'est pas acceptée en tant que réserve valable par un État, quelles sont les conséquences pour i) les États qui ont fait objection à la «réserve» qu'ils jugent incompatible avec l'objet et le but du traité tout en considérant que le traité est entré en vigueur entre eux et l'État ratifiant¹⁶, ii) les États qui ne font aucun commentaire sur la réserve et iii) l'État ratifiant qui affirme que la déclaration constitue une réserve et qu'elle est compatible avec l'objet et le but du traité? Il n'y a aucune certitude quant à ce qui permet de trancher la question de façon déterminante. Les observations générales et observations finales d'un organe conventionnel n'ont pas force contraignante pour les États parties, pas plus que les conclusions du Comité des droits de l'homme agissant au titre du Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Reste que la conclusion de l'organe conventionnel, sans être contraignante, aura une force de persuasion considérable, ne serait-ce que parce que cet organe sera probablement amené à formuler des conclusions analogues vis-à-vis de réserves similaires d'autres parties. La question du rôle des organes conventionnels sera approfondie plus loin.

19. Deuxièmement, en vertu de la Convention de Vienne, les États doivent indiquer dans un délai donné s'ils souhaitent faire objection à une réserve. Passé ce délai, l'absence de réaction équivaut à une acceptation. Si ce principe ne s'applique qu'aux réserves valables et si une «réserve» incompatible avec l'objet et le but d'un traité ne constitue pas une réserve valable, y a-t-il un délai dans lequel les États doivent indiquer qu'ils considèrent une «réserve» comme

non valable? Si ce n'est pas le cas, il ne sera pas possible de déterminer si le silence d'un État équivaut à l'acceptation de la réserve ou à une objection à celle-ci fondée sur son incompatibilité. Si de nombreux États qui font objection à une réserve portant sur un traité relatif aux droits de l'homme le font dans des termes qui indiquent qu'ils tiennent compte des paramètres des articles 20 à 22 de la Convention de Vienne¹⁷, par exemple en précisant l'effet de leur objection sur les relations conventionnelles entre les parties, peut-être ne s'agit-il que d'une manière de protéger leurs propres intérêts.

20. La réaction des États aux réserves émises à l'égard des six principaux traités relatifs aux droits de l'homme sera examinée plus loin. À cet égard, il suffit de noter qu'il y a eu beaucoup d'objections fondées sur une prétendue incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité. Dans certains cas, l'État objectant a spécifié que le traité entrerait néanmoins en vigueur entre lui et l'État partie auteur de la réserve; dans d'autres, il n'a pas précisé l'effet de son objection. Si l'on considère qu'un État n'est pas libre d'accepter comme réserve une déclaration incompatible avec l'objet et le but d'un traité, alors les États qui déclarent que le traité entre néanmoins en vigueur entre eux et les États ayant émis la réserve doivent vouloir dire qu'ils considèrent la déclaration comme sans effet. En d'autres termes, la prétendue «réserve» doit être dissociée. Dans certains cas, cela a été expressément énoncé par l'État objectant¹⁸.

II. LA RÉACTION DES AUTRES HAUTES PARTIES CONTRACTANTES

21. Lorsqu'une Haute Partie contractante reçoit notification d'un instrument de ratification d'un traité relatif aux droits de l'homme accompagné de réserves, il lui faut définir la déclaration, c'est-à-dire déterminer s'il s'agit d'une réserve, et si elle est compatible avec l'objet et le but du traité et décider quelles conséquences doivent s'ensuivre.

22. La particularité supposée des engagements en matière des droits de l'homme peut avoir un effet sur les conséquences de la ratification¹⁹, mais rien ne prouve qu'elle soit censée avoir un effet sur la manière d'assumer les obligations découlant du traité. Pour être tenu par les dispositions d'un traité relatif aux droits de l'homme, l'État doit le ratifier, c'est-à-dire exprimer son consentement à être lié. Ce consentement peut être nuancé de diverses manières, mais il ne peut l'être par une «réserve» incompatible avec l'objet et le but du traité. Si le consentement est assorti d'une quelconque réserve, les autres Hautes Parties contractantes doivent déterminer si elles acceptent cette réserve. Elles sont libres de rejeter toute réserve qui n'est pas expressément prévue dans le traité. Le motif de l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité n'est pas le seul qui autorise à refuser une réserve²⁰.

23. Il serait possible d'adopter une règle exigeant que toutes les autres Hautes Parties contractantes consentent à une réserve. Cela a toutefois été expressément rejeté par la Cour internationale de Justice²¹ et par les États qui ont négocié la Convention de Vienne. De plus, aucun des États qui ont fait objection à des réserves précises à l'égard de traités relatifs aux droits de l'homme n'a jamais subordonné la validité de la réserve à son acceptation par toutes les autres Parties.

24. S'il n'y a pas exigence d'unanimité, chaque État doit décider individuellement d'accepter ou non une ratification assortie d'une réserve, ce qui ramène à la question de savoir si une «réserve» non valable constitue réellement une réserve. Si ce n'est pas le cas, les autres Parties

ne sont peut-être pas libres de l'accepter. Cela pourrait sembler résulter du principe *pacta sunt servanda*, ou principe de bonne foi: une Partie est tenue de donner de bonne foi effet à ses engagements et cela lui interdirait d'accepter une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité.

25. Si, en revanche, une réserve dont la validité est contestée doit conserver son caractère de réserve jusqu'à ce que d'autres Parties indiquent leur position à cet égard, c'est alors à ces Parties de prendre la décision.

26. Il apparaît qu'un certain nombre d'États sont de plus en plus insatisfaits de l'incertitude qu'engendre l'absence de réaction d'autres États à une «réserve» qu'ils estiment incompatible avec l'objet et le but du traité; d'où ce que le Rapporteur spécial de la CDI a appelé le «dialogue sur les réserves». Certes, l'absence de réaction peut signifier que les autres États considèrent la réserve comme compatible mais elle peut aussi signifier qu'ils ne pensent pas devoir réagir à ce qui ne constitue tout simplement pas une réserve valable. Le fait que de nombreux États réagissent va à l'encontre de l'idée selon laquelle l'absence de réaction revient à rejeter la validité d'une «réserve». Le régime de la Convention de Vienne favorise l'État réservataire. Le seul moyen d'action dont dispose l'État objectant est sa faculté de refuser l'entrée en vigueur du traité entre lui et l'État réservataire. Le résultat obtenu est à l'opposé de ce qu'il recherche: la ratification sans la réserve en cause. Les États ont tenté de recourir à divers mécanismes pour arriver à cette fin²².

27. Le régime de la Convention de Vienne se traduit par la fragmentation des engagements prévus dans le traité. Une réserve à laquelle certains États font objection au motif de son incompatibilité avec l'objet et le but du traité peut sembler être acceptée par d'autres, expressément ou en raison de leur absence de réaction. Une question qui devrait avoir une réponse unique (une réserve est-elle ou non incompatible avec l'objet et le but du traité) se trouve donc en avoir plusieurs. La plupart de ces problèmes se posent pour tout traité normatif multilatéral. Ils sont étudiés par le Rapporteur spécial de la CDI.

28. Deux facteurs contribuent à modifier quelque peu la situation s'agissant des traités relatifs aux droits de l'homme. Le premier est le rôle des organes conventionnels. La question de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité ne concerne pas seulement les parties *inter se* (voir plus loin). Pour remplir son rôle, un organe conventionnel doit examiner, entre autres, la pratique des parties au traité en question en matière de réserves et d'objections. Il ressort clairement des tableaux²³ que l'éventail de la pratique des États est large. Certaines tendances sont perceptibles. Il ressort d'un examen des réserves ayant fait l'objet d'une objection que, dans une proportion importante, les objections ont été faites relativement récemment. Cela est particulièrement frappant lorsqu'une réserve récente ressemble beaucoup à une réserve antérieure formulée par un autre État mais à l'égard de laquelle aucune objection n'avait été faite. Cela donne à penser que les États n'ont peut-être commencé que relativement récemment à suivre assez systématiquement les réserves – ce que vient confirmer, dans le cas de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, la mise en place par les États membres de dispositifs spéciaux de suivi des réserves²⁴. On peut déduire de cette évolution que certaines réserves qui, à l'époque, n'avaient pas donné lieu à objection pourraient en fait être aujourd'hui considérées par certains États comme incompatibles avec l'objet et le but du traité. Lorsque les mécanismes de contrôle examinent la compatibilité d'une réserve à laquelle aucun État n'a fait objection,

ils pourraient utilement rechercher si des réserves similaires faites plus récemment, ont donné lieu à des objections.

29. Une deuxième tendance, liée à la première, concerne la très grande diversité des situations quant au nombre et aux types de réserves faites aux différents traités, et quant au nombre d'objections. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention relative aux droits de l'enfant ont suscité à la fois un grand nombre de réserves, notamment d'ordre très général²⁵, et un grand nombre d'objections. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a suscité un nombre important de réserves mais beaucoup moins d'objections. En général, les réserves à cette dernière convention ont été formulées bien avant les réserves aux deux autres instruments. La tendance est moins nette en ce qui concerne le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, peut-être parce que le rythme des ratifications est plus lent. On peut déduire de ces constatations que si les réserves à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale avaient été faites plus récemment, davantage d'États y auraient peut-être fait objection au motif de leur incompatibilité avec l'objet et le but du traité²⁶. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a suscité des réserves d'États qui n'avaient pas fait de réserves similaires à des dispositions analogues d'autres traités, notamment des dispositions des Pactes. Dans la mesure où la réserve d'un État à cette Convention ne peut pas avoir pour effet de modifier les obligations de cet État au titre d'un des deux Pactes, la question se pose de savoir si le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes peut ne pas tenir compte d'une telle réserve²⁷. L'ordre dans lequel les ratifications ont eu lieu ne semble jouer aucun rôle.

30. Une troisième tendance concerne les objections aux réserves, dont l'écrasante majorité est le fait d'États du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, mais pas seulement d'États membres de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe. Deux États au moins ont fait objection dans la majorité des cas, et parfois plus. Dans quelques cas, un seul des États du Groupe a fait objection. En dehors du Groupe occidental, on relève des cas isolés d'objections de la part du Groupe des États d'Europe orientale (République tchèque et Slovaquie). En leur qualité de membres du Conseil de l'Europe, et, parfois, maintenant, de l'Union européenne, ces États sont clairement liés au Groupe occidental. En dehors de ces deux groupes, les seuls États objectants sont l'Arabie saoudite²⁸ et le Mexique, ce dernier étant l'auteur d'un nombre important d'objections²⁹. Une explication possible de cette situation est que les membres du Groupe occidental sont peut-être mieux placés, en termes de ressources, pour analyser les réserves des autres Parties. De plus, ces États ayant souvent ratifié les instruments relativement tôt, ils ont été à même de faire objection aux réserves d'États nouvellement parties. Mais cela n'explique peut-être qu'en partie le phénomène, car on pourrait penser que les membres du Groupe des huit (G-8) n'appartenant pas au Groupe occidental disposent aussi des ressources nécessaires. Les organes de contrôle peuvent en tirer diverses conséquences. Un organe pourrait, lorsqu'il évalue la pratique étatique, comparer le nombre d'États ayant formulé une objection à une réserve au nombre d'États objectants en général. Pour autant, il ne pourrait nullement présumer le point de vue des États non objectants. Tenir compte de la position de ces derniers reviendrait à supposer que l'absence de réaction équivaut à l'acceptation de la réserve comme compatible. Puisque les États ne sont tenus de faire part de leur point de vue que s'ils entendent objecter à une réserve et qu'il ne semble pas y avoir d'obligation générale de formuler une objection aux réserves incompatibles, il semblerait risqué d'attribuer une quelconque

signification à une absence de réaction, au-delà de la possible opposabilité de la réserve à la partie qui n'a pas réagi³⁰. Une autre approche semblerait préférable³¹.

31. Une dernière tendance concerne les États dont les réserves ont suscité une objection. Les objections visent plus couramment certains types de réserves que certains États. Cela étant, puisque certains États recouvrent régulièrement au type de réserve auquel il est fait objection, on retrouve logiquement souvent les mêmes États sur la liste de ceux dont les réserves suscitent des objections. Il est cependant frappant de constater qu'il n'est pas fait objection aux seules réserves émanant de tel ou tel groupe d'États. Beaucoup d'objections ont été faites par des membres du Groupe occidental à l'égard de réserves formulées par d'autres membres du Groupe occidental.

32. Les indications de la pratique des États et les conséquences à en tirer doivent être évaluées indépendamment par chacun des organes conventionnels. Il serait bon que chacun d'entre eux s'assure que les autres organes ont reçu les résultats d'une telle étude. Une approche cohérente à l'égard des implications de la pratique des États, même si cette pratique elle-même varie selon les traités, serait extrêmement souhaitable pour le développement cohérent du droit international relatif aux droits de l'homme³².

33. Le second facteur qui confère une certaine originalité au droit relatif aux droits de l'homme est l'effet donné, ou plus exactement refusé, aux réserves dans le règlement de différends interétatiques. Il s'agit d'une question d'opposabilité et non de dissociation. La seule pratique existante se situe à l'échelon régional, puisque le Comité des droits de l'homme n'a pas encore exercé sa compétence en vertu de l'article 41 du Pacte. Normalement, un État peut invoquer la réserve de l'autre partie au différend, sur la base de la réciprocité³³. Dans l'affaire engagée par la France, la Norvège, le Danemark, la Suède et les Pays-Bas contre la Turquie (9940-9944/82), la Turquie a tenté d'invoquer la réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, en alléguant que l'affaire mettait en cause l'examen de questions qui seraient visées par la réserve. La Commission européenne des droits de l'homme n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la validité de la réserve. Elle a affirmé que

... le principe général de réciprocité en droit international et la règle, énoncée à l'article 21 1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant les relations bilatérales dans le cadre d'un traité multilatéral, ne s'appliquent pas aux obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme qui sont essentiellement de nature objective, et conçues pour protéger les droits fondamentaux des individus contre toute atteinte par l'une quelconque des Hautes Parties contractantes, plus que pour créer des droits subjectifs et réciproques pour les Hautes Parties contractantes elles-mêmes (*Autriche c. Italie, Annuaire 4*, p. 140) ... La Commission rappelle en outre que le mécanisme de contrôle prévu par la Convention est fondé sur le système d'une garantie collective par les Hautes Parties contractantes des droits et libertés énoncés dans la Convention et qu'une Haute Partie contractante, lorsqu'elle saisit la Commission d'une violation alléguée de la Convention en vertu de l'article 24, est censée, non pas exercer un droit d'action aux fins de faire respecter ses propres droits, mais plutôt de soumettre à l'examen de la Commission une violation alléguée de l'ordre public européen (*Autriche c. Italie*, loc. cit.)³⁴.

34. Le Rapporteur spécial de la CDI, dans le contexte spécifique de la dissociation d'une réserve illicite, a proposé de considérer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de

l'homme comme une forme de droit coutumier régional, sans incidence sur le droit coutumier des réserves en général³⁵.

35. La question mérite d'être approfondie. La Cour européenne des droits de l'homme, loin de prétendre développer une forme de droit coutumier régional, répète avec insistance qu'elle prend en considération l'ensemble du droit international pertinent, y compris la Convention de Vienne, tout en étant consciente du caractère particulier de la Convention en tant que traité relatif aux droits de l'homme³⁶. Ce n'est pas en tant que traité européen, ni même comme traité européen relatif aux droits de l'homme que la Cour reconnaît le caractère particulier de la Convention. Elle vise le caractère particulier des traités relatifs aux droits de l'homme en général. Cette particularité ne conduit pas de façon générale à l'applicabilité de règles différentes, notamment pour ce qui est de la Convention de Vienne, mais elle peut influencer sur l'application des règles habituelles. Le souci de conférer un effet pratique à la Convention, par exemple, conduit la Cour à appliquer la règle de l'épuisement des recours internes d'une manière moins formaliste que ce n'est le cas dans d'autres types de juridictions. La raison avancée par la Cour européenne – le caractère particulier des traités relatifs aux droits de l'homme – est également applicable aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en général. Le raisonnement de la Commission pour rejeter l'invocation réciproque de réserves paraît fondé sur l'intention présumée des parties de donner effet à leurs engagements. Dans le cas d'un traité relatif aux droits de l'homme, cela conduit à un résultat différent de celui obtenu dans le cas d'autres traités qui n'ont pas ce caractère.

III. LA RÉACTION DES MÉCANISMES DE CONTRÔLE

36. De multiples questions se posent quant aux pouvoirs et aux fonctions d'un mécanisme de contrôle face à une ou plusieurs réserves. Certaines d'entre elles sont analogues à celles qui surgissent entre les Hautes Parties contractantes *inter se*, mais d'autres sont différentes. Les articles pertinents de la Convention de Vienne ne prévoient pas expressément cette situation. Les questions portent notamment sur:

- a) La compétence, éventuelle, d'un mécanisme de contrôle pour se prononcer sur la validité d'une réserve;
- b) La qualification d'une déclaration comme réserve, déclaration, protocole d'entente, etc.;
- c) La manière dont un mécanisme de contrôle déterminera si une réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité;
- d) L'effet d'une conclusion selon laquelle une réserve est incompatible avec l'objet et le but d'un traité.

Compétence pour se prononcer sur la validité d'une réserve

37. Une réserve valable affecte la portée de l'engagement de l'État qui en est l'auteur. Elle affecte donc aussi la portée de la compétence du mécanisme de contrôle, dans l'exercice de l'une ou l'autre de ses fonctions. Un organe judiciaire ou quasi judiciaire est investi d'une compétence

implicite pour déterminer la portée de sa compétence. L'organe de contrôle doit donc avoir compétence implicite pour:

- a) Déterminer si une déclaration est ou non une réserve; et
- b) Dans l'affirmative de déterminer, s'il s'agit d'une réserve valable; et
- c) Donner effet à une conclusion quant à la validité.

38. Il a été dit que les mécanismes de contrôle n'ont pas le pouvoir de «déterminer» quoi que ce soit puisque leurs conclusions ne sont pas juridiquement contraignantes. Or, c'est là confondre deux questions distinctes. La première est celle du pouvoir de dégager des conclusions quant au fond, tandis que la seconde a trait au caractère contraignant de telles conclusions. Le fait que les conclusions d'un organe de contrôle quant au fond ne sont pas juridiquement contraignantes ne signifie pas que ses conclusions relatives à sa compétence ne le soient pas non plus. Ce serait, par exemple, un abus de pouvoir de la part d'un organe de contrôle d'exercer des attributions qu'il n'a pas, même avec le consentement de l'État considéré.

39. En vertu du principe *pacta sunt servanda*, les États parties doivent prendre au sérieux les conclusions d'un organe de contrôle institué à cette fin, même si elles ne sont pas à strictement parler contraignantes. Cela est particulièrement vrai dans le cas de différends interétatiques et de requêtes individuelles. Les constatations d'un mécanisme de contrôle sont déterminantes en ce sens qu'aucun appel n'est possible devant un autre organe.

40. Une question plus délicate est celle de l'importance, éventuellement, de la position exprimée sur la validité d'une réserve par un organe de contrôle, pour les autres États parties. Toutes sortes de questions se posent, notamment les suivantes:

- a) Les incidences sur un autre État partie ayant formulé une réserve en des termes identiques ou analogues;
- b) Les incidences sur d'autres parties lorsqu'un organe de contrôle a conclu à l'absence de validité d'une réserve; et
- c) Qu'aucun État partie n'a formulé d'objection à la réserve; ou
- d) Que certains États parties seulement ont formulé une objection à la réserve;
- e) L'effet d'une décision concluant à la validité d'une réserve à l'égard d'un État partie ayant formulé une objection à la réserve en invoquant son incompatibilité avec l'objet et le but du traité.

41. Au sens strict, un organe de contrôle n'examine que la situation dont il est saisi. Il n'y a aucune doctrine du précédent obligatoire. Néanmoins, les organes de contrôle visent et devraient s'efforcer de viser à la cohérence intellectuelle, et il est donc tout à fait probable qu'ils traiteront de manière analogue des réserves semblables. Les États en sont déjà bien conscients. Peut-être faudrait-il que les organes de contrôle autorisent des États tiers à intervenir dans des procédures individuelles ou interétatiques, dont le résultat risque de les affecter. Cela est déjà le cas devant la Cour européenne des droits de l'homme³⁷.

42. La deuxième question pose à première vue un problème. On pourrait penser que la conclusion selon laquelle une réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité appellerait une prise de position des autres parties contractantes. Toute objection ultérieure à la réserve de la part d'une partie contractante risquerait d'intervenir en dehors des délais fixés dans la Convention de Vienne, s'ils sont applicables, à moins que la réserve ne soit considérée comme nulle de plein droit. De fait, il semble que les États n'ayant pas formulé d'objection n'aient pas besoin de prendre d'initiative. Dans toute affaire touchant l'État auteur de la réserve, celle-ci ne pourra être invoquée. Il serait difficile au Comité des droits de l'homme d'autoriser un État à accepter une réserve non valable, même si cet État n'a pas formulé d'objection.

43. La troisième situation ne paraît pas soulever de problème. Comme il a déjà été indiqué, une Haute Partie contractante peut formuler une objection à une réserve non prévue dans le traité pour tout motif. Cette partie est libre de maintenir son objection mais celle-ci devra avoir été communiquée dans les délais fixés par la Convention de Vienne.

La qualification d'une déclaration

44. Un mécanisme de contrôle pourra souhaiter aborder avec un État la question de la qualification d'une déclaration lorsque celle-ci n'est pas claire ou serait susceptible de contestation. La compétence d'un mécanisme de contrôle pour déterminer la validité d'une réserve doit logiquement s'appliquer à la qualification d'une déclaration comme réserve. Dans la pratique, cela ne risque pas de poser de problème. Si l'État avait l'intention, par sa déclaration, de formuler une réserve mais qu'il l'a qualifiée différemment, cela ne pose aucun problème s'il n'y a pas incompatibilité. Si l'État a prétendu que le texte était autre chose qu'une réserve mais que le Comité n'est pas d'accord, il incombera à l'État de modifier son texte pour exprimer plus précisément son intention. Pour qualifier la déclaration, l'organe de contrôle devrait appliquer les principes énoncés dans les rapports du Rapporteur spécial de la CDI. L'application pourrait être fonction du contexte³⁸.

Comment un mécanisme de contrôle déterminera qu'une réserve est incompatible avec l'objet et le but d'un traité

45. L'organe de contrôle analysera la réserve en appliquant les principes figurant dans la Convention de Vienne. On peut trouver une indication de ce mode d'approche dans des observations relatives aux réserves, comme dans l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme et dans sa jurisprudence relative aux réserves, comme dans l'affaire *Rawle Kennedy*³⁹.

46. *Le contexte.* L'objet et le but d'un traité relatif aux droits de l'homme sont fonction: i) de l'objet et du but du droit relatif aux droits de l'homme et ii) de l'objet et du but d'une obligation insérée dans un traité⁴⁰. Il a été reconnu par les États, par l'Assemblée générale et par le Conseil de sécurité⁴¹ que des violations généralisées et systématiques des droits de l'homme peuvent menacer la paix et la sécurité internationales. La promotion et la protection des droits de l'homme, et l'application du droit relatif aux droits de l'homme ont donc notamment pour fonction de prévenir les menaces à la paix et à la sécurité internationales, ce qui a eu une incidence sur la forme du droit relatif aux droits de l'homme.

47. À la différence de nombreux autres instruments, les traités relatifs aux droits de l'homme constituent des engagements unilatéraux pris par un ensemble d'États⁴². Tous les autres États ont intérêt à ce qu'un État respecte le droit relatif aux droits de l'homme. Il ne s'agit pas principalement d'un intérêt particulier ou bilatéral. C'est ce qui distingue le droit relatif aux droits de l'homme du droit général de la responsabilité de l'État, dans lequel l'intérêt particulier intervient plus couramment que l'intérêt général. Si le droit relatif aux droits de l'homme était essentiellement bilatéral, il n'aurait pas été nécessaire d'élaborer un corpus particulier de règles et de procédures. Le développement du droit de la responsabilité de l'État aurait probablement répondu aux besoins. C'est en raison de cette particularité du droit relatif aux droits de l'homme que le contrôle a pris autant d'importance. Si l'éventualité de plaintes émanant d'États subsiste, le principal moyen d'assurer le respect de ce droit est le contrôle. En un sens, les organes de contrôle représentent les intérêts de tous les États dans l'exercice de leurs fonctions.

48. Le contexte peut notamment inclure la position que l'État a prise à l'égard d'autres traités relatifs aux droits de l'homme. Les sept principaux traités relatifs aux droits de l'homme sont de plus en plus perçus comme un ensemble cohérent. Lorsqu'un organe conventionnel tente de déterminer si la réserve d'un État est compatible avec le traité qui l'intéresse, peut-il tenir compte de l'existence ou de l'absence de réserves de cet État à des dispositions très comparables figurant dans d'autres traités relatifs aux droits de l'homme⁴³?

49. *Le contenu.* Trois particularités du contenu du droit relatif aux droits de l'homme peuvent avoir des incidences sur l'applicabilité du critère de compatibilité:

- a) Les relations entre tel ou tel article et l'ensemble du traité;
- b) Le caractère allégué de *jus cogens* de certaines normes au moins;
- c) La distinction entre droits auxquels il peut être dérogé et droits auxquels il ne peut être dérogé.

50. *Les relations entre tel ou tel article et l'ensemble du traité.* Bien que les réserves puissent affecter plusieurs dispositions d'un traité, elles sont souvent rédigées par référence expresse à un article particulier. Selon la Convention de Vienne, la compatibilité d'une réserve doit être appréciée par référence au traité dans son ensemble et non par référence à la norme énoncée dans l'article considéré. La difficulté, dans le cas du droit relatif aux droits de l'homme, est que l'objet du traité n'est pas l'acceptation d'un grand nombre d'obligations distinctes. Il y a au contraire un unique but (le respect, la protection et la promotion des droits de l'homme) qui doit être atteint par l'adhésion à de multiples dispositions distinctes⁴⁴. Il se peut donc qu'une réserve à une seule disposition soit incompatible avec l'objet et le but du traité.

51. *Caractère allégué de jus cogens.* Si une norme relative aux droits de l'homme a un caractère de *jus cogens*, ce serait un facteur important pour déterminer la compatibilité d'une réserve à la norme. Aucune réserve à la norme elle-même ne serait valable, ce qui contraste avec la situation concernant des dispositions conventionnelles qui sont aussi des normes de droit international coutumier. En théorie, un État peut formuler une réserve à une disposition conventionnelle sans nécessairement remettre en cause la valeur coutumière de la norme ni sa volonté d'être lié par celle-ci. Il reste que, dans la pratique, des réserves à des dispositions

correspondant à des normes du droit international coutumier risquent d'être perçues avec beaucoup de suspicion⁴⁵.

52. *Distinction entre droits auxquels il peut être dérogé et droits auxquels il ne peut être dérogé.* Certains traités relatifs aux droits de l'homme au moins prévoient expressément les cas où un État peut modifier la portée de certaines de ses obligations. On pourrait penser que les droits auxquels il ne peut être dérogé sont nécessairement exclus du champ de réserves éventuelles. Cela semble un peu trop simpliste. Un droit peut ne pas être susceptible de dérogation, en raison de son caractère de pierre angulaire du droit relatif aux droits de l'homme ou parce qu'aucune situation d'urgence ne pourrait jamais justifier sa modification ou parce qu'il ne peut faire l'objet d'aucune restriction. En outre, une réserve peut être formulée non à l'égard de l'essence de la norme mais à l'égard d'une application possible de celle-ci. Lorsqu'il ne peut être dérogé à un principe, en raison de son caractère fondamental ou lorsqu'il constitue le cœur non susceptible de dérogation d'un droit auquel il peut être éventuellement dérogé, toute réserve au principe, par opposition à une application particulière de celui-ci, risquerait d'être incompatible avec l'objet et le but du traité dans son ensemble.

53. *Réserves effectives à des traités relatifs aux droits de l'homme.* Les problèmes qui se posent dans la pratique aux mécanismes de contrôle concernent l'interaction entre les particularités du contenu du droit relatif aux droits de l'homme et les réserves effectivement formulées par des États parties⁴⁶. Si les particularités des normes, les réserves et le contexte ne sont peut-être pas propres au droit relatif aux droits de l'homme, l'interaction entre ces éléments paraît effectivement créer des situations qui sont propres à ce droit.

54. *Réserves générales et spécifiques.* Certaines réserves sont formulées en termes généraux et ne visent pas des dispositions particulières du traité. D'autres expriment un seul type d'objection à l'égard de plusieurs dispositions déterminées du traité. D'autres encore expliquent précisément comment elles entendent modifier un élément particulier de telle ou telle disposition du traité. Il est probable qu'il sera particulièrement difficile pour un mécanisme de contrôle de déterminer le champ d'application précis d'une réserve générale alors qu'une telle précision est nécessaire pour déterminer la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but d'un traité. Lorsqu'une réserve est exprimée en termes vagues ou qu'elle n'indique pas à quelles dispositions du traité elle s'applique, il serait utile d'en faire un des thèmes de discussion entre le mécanisme de contrôle et l'État partie. De fait, cela est généralement le cas. Le résultat d'une telle discussion, y compris la révision éventuelle du libellé de la réserve, devrait figurer dans les observations finales. Ainsi, l'accord intervenu ne sera pas oublié lorsque l'État partie présentera ultérieurement un rapport périodique, même si la composition du Comité est très différente.

55. *Réserves à des dispositions de forme ou à des dispositions de fond.* De nombreux traités relatifs aux droits de l'homme prévoient toutes sortes de mécanismes qui peuvent s'appliquer en vertu d'une ratification, par une déclaration d'acceptation à être lié ou par une réserve visant à se délier d'une disposition. Dans les deux derniers cas, une disposition expresse figurera dans le traité. On serait tenté de supposer qu'une réserve à une disposition de forme aura davantage de chances d'être compatible avec l'objet et le but d'un traité relatif aux droits de l'homme qu'une réserve portant sur une disposition de fond. Cela serait toutefois erroné. Il serait assez illogique qu'un État accepte une obligation de fond s'il rejetait toute forme de responsabilité prévue par le traité. Il semblerait donc qu'une réserve refusant totalement le rôle de l'organe de contrôle serait incompatible avec l'objet et le but du traité.

56. *L'objectif visé par la réserve.* Il est difficile de généraliser à propos des objectifs visés par des réserves effectives à des traités relatifs aux droits de l'homme, mais certains réapparaissent régulièrement, tels que les suivants:

- a) Subordonner l'obligation à sa conformité à un élément extérieur au traité:
 - i) Une doctrine religieuse;
 - ii) Le droit interne, y compris la constitution ou des coutumes nationales;
- b) Accepter la norme elle-même, mais seulement dans la mesure où elle n'est pas contraire à une disposition ou une particularité du droit interne.

Vu le caractère d'obligation de droit international d'un traité, un mécanisme de contrôle ne saurait interpréter les termes d'un traité relatif aux droits de l'homme que par référence au droit international. Telle est également la base de l'obligation existant entre les États parties *inter se*. Ils sont libres de convenir entre eux d'obligations plus lourdes ou de l'application d'une autre règle d'interprétation du traité, mais sans porter atteinte au mécanisme de contrôle prévu par le traité initial. Une autre objection au premier type de réserve est qu'il risque d'y avoir désaccord sur le contenu de l'autre critère d'interprétation proposé. Différents adeptes du même groupe religieux pourraient contester le sens d'une doctrine particulière ou son application à une situation donnée. Des problèmes analogues se posent dans le cas d'une référence générale au droit interne, qu'il s'agisse du droit interne en général, de la constitution ou de coutumes internes. Les États peuvent recourir à de telles réserves eu égard à d'autres dispositions de la Convention de Vienne, notamment l'article 27⁴⁷. Il ne faut pas oublier qu'en ratifiant un traité international les États assument une obligation internationale. Ils ne prennent pas l'engagement au plan international d'appliquer leur droit interne. Il est en outre possible d'objecter que l'autre critère d'interprétation peut varier dans le temps. Dans certains cas, une réserve peut viser expressément non seulement le droit interne en vigueur mais également le droit interne futur. Si la référence au droit futur était limitée aux dispositions restreignant la portée de la réserve, cela, au moins, n'aggraverait pas le problème, mais une telle garantie n'est pas habituelle. Non seulement le mécanisme de contrôle, mais aussi les autres États parties sont invités à signer un chèque en blanc. Une réserve générale soumettant un traité dans son ensemble à la loi religieuse ou au droit interne risque donc fort d'être jugée incompatible avec l'objet et le but du traité.

57. *Les effets d'une décision concluant qu'une réserve est incompatible.* Il serait surprenant qu'un organe de contrôle d'un traité relatif aux droits de l'homme donne effet à une réserve qu'il a jugée incompatible avec l'objet et le but d'un traité. Les incidences effectives d'une telle conclusion dépendront de la fonction qu'exerce l'organe considéré.

58. *Contrôle.* Lorsque l'organe exerce sa fonction de contrôle, aucun résultat immédiat ne découlera d'une constatation expresse ou implicite de l'incompatibilité d'une réserve. L'organe conventionnel, dans la pratique, engage le dialogue avec l'État à propos de la réserve en cause et tente d'en obtenir le retrait ou la modification. L'essentiel ou, dans certains cas, la totalité du travail des organes de contrôle consiste à examiner les rapports de chaque État partie, avec l'État partie concerné.

59. *Différends interétatiques.* Bien que cette éventualité soit prévue, il n'existe aucun précédent concernant l'exercice d'une telle fonction à l'échelon international, ce qui contraste avec la situation à l'échelon régional. Il semblerait que des considérations analogues valent aussi dans le cas de requêtes individuelles.

60. *Requêtes individuelles.* Il s'agit d'une question juridique complexe, rendue plus difficile par l'existence d'une jurisprudence relativement bien établie au sein d'un organe régional de contrôle dans le domaine des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme, et par la décision du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*⁴⁸. Si l'on peut discuter du point de savoir si la réserve était ou non incompatible⁴⁹, il est clair que l'organe de contrôle avait compétence pour prendre une telle décision et il semble logique que cet organe ait pu alors donner effet à sa décision. Le résultat est l'application du traité sans la réserve, que l'on parle alors de «dissociation» de la réserve ou que l'on emploie une autre formule, comme «inapplication».

61. Cependant, les États ne sont pas tenus de ratifier les traités. Il se peut que la formulation de la réserve ait véritablement constitué la condition *sine qua non* de la ratification de l'État. Au moins dans le cas de communications effectuées en vertu du Protocole facultatif, et lorsque la réserve en question touche à l'applicabilité du Protocole, l'État est libre de dénoncer celui-ci, comme cela s'est produit dans le cas de la Trinité-et-Tobago. Cela pose la question de savoir si la «dissociation» n'est possible que lorsque l'État est libre de dénoncer le traité. Une seconde question a trait au statut de l'État en tant que partie contractante après que la réserve a été «dissociée» mais alors que l'État n'a pas fait connaître sa réaction. Le fait que l'État puisse dénoncer le traité pourrait laisser penser que, s'il ne l'a pas fait, il reste lié. En d'autres termes, la participation de l'État au traité n'est pas suspendue en attendant qu'il prenne position.

62. La situation risque d'être différente lorsqu'un État n'est pas libre de dénoncer le traité à l'égard duquel il a formulé une réserve incompatible. Un exemple de ce type concerne le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁰. Dans l'éventualité où le Comité des droits de l'homme refuserait de reconnaître un quelconque effet à une réserve au Pacte jugée incompatible qui, pour l'État, constituait une condition *sine qua non* de sa ratification, on ne voit pas bien comment trouver une issue à cette impasse. L'État pourrait souhaiter se retirer en tant que partie, mais le Comité des droits de l'homme a décidé qu'un État qui a ratifié le Pacte ne peut le dénoncer ni s'en retirer. On pourrait envisager que la réserve incompatible vicie la ratification dans son ensemble, de telle sorte que l'État n'aurait, de fait, jamais été partie au Pacte. Une telle solution serait néanmoins difficile à concilier avec l'Observation générale n° 26.

IV. FAITS NOUVEAUX DEPUIS LA CINQUANTE-CINQUIÈME SESSION DE LA SOUS-COMMISSION

Rencontre entre des membres de la Sous-Commission et des membres de la Commission du droit international

63. À l'initiative de la Commission du droit international, certains membres de la Sous-Commission ont rencontré des membres de la CDI, dont le Rapporteur spécial sur le sujet des réserves aux traités (M. Alain Pellet), le 7 août 2003. Une rencontre a également eu lieu entre des membres des organes conventionnels et la CDI. Cela a permis un échange de vues très utile.

Il faut espérer que de telles rencontres pourront être organisées à l'avenir, à chaque fois que les intérêts de la Sous-Commission et ceux de la CDI se recouperont.

64. Les membres de la CDI ont indiqué que leur point de vue avait évolué depuis le premier examen par le Rapporteur spécial, dans ses rapports, du problème particulier des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. Le Rapporteur spécial était généralement d'accord avec les conclusions figurant dans le document de travail de la Sous-Commission, tout en contestant une partie de son raisonnement. Il a indiqué que, dans le rapport qu'il présenterait à la cinquante-sixième session de la CDI en 2004, il reviendrait sur la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. Dans ses rapports ultérieurs, il s'intéresserait de manière générale à la question de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité et des conséquences d'une telle incompatibilité, y compris, mais pas exclusivement, dans le cas des traités relatifs aux droits de l'homme. Le rapport de 2004 du Rapporteur spécial n'est pas encore disponible.

Rapport de la troisième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme

65. Les 21 et 22 juin 2004 a eu lieu la troisième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Deux questions intéressantes ont été soulevées. Tout d'abord, dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions de contrôle, il a été convenu que les organes conventionnels pouvaient demander le retrait de réserves à tel ou tel traité. Un organe conventionnel peut discuter du retrait d'une réserve, même lorsque celle-ci est clairement compatible avec l'objet et le but du traité. Lorsque la réserve risque d'être incompatible, l'organe conventionnel devrait s'engager dans une telle discussion.

66. Deuxièmement, bien que tous les organes conventionnels ne soient pas confrontés à la nécessité de déterminer la validité de réserves, l'utilité d'adopter une approche commune a été soulignée. À cet effet, il a été proposé que le secrétariat élabore un rapport (comportant un tableau indiquant toutes les réserves faites aux principaux traités relatifs aux droits de l'homme et la nature des dispositions visées) en vue d'instituer un groupe de travail composé d'un représentant de chaque comité, qui serait chargé d'examiner ce rapport et d'en rendre compte à la réunion intercomités suivante.

67. Il est rappelé que, lors de la cinquante-troisième session de la Sous-Commission, un tel tableau a été présenté (E/CN.4/Sub.2/2002/34). On peut espérer que le secrétariat se servira de ces tableaux en se contentant de les mettre à jour pour ce qui est des six premiers traités et en y incluant les réserves et les déclarations concernant le septième d'entre eux, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, ainsi que toute réaction éventuelle à celles-ci. Il est important qu'un tel tableau soit tenu à jour et qu'il y ait aussi une compilation de toutes les observations faites par un organe conventionnel, dans quelque contexte que ce soit, à l'égard des réserves. Ces observations devraient être partagées avec tous les autres organes conventionnels.

V. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Conclusions

68. Deux relations différentes doivent être envisagées: celle existant entre un État réservataire et un autre État partie, et celle existant entre le premier État et le mécanisme de contrôle du traité.

69. D'une manière générale, la validité ou l'effet utile d'une réserve ne joue pas un rôle déterminant. Dans l'exercice de ses fonctions de contrôle, un organe conventionnel peut examiner toute éventuelle réserve avec l'État partie. Cela vaut pour des réserves valables comme pour celles dont la validité pourrait être contestée. Pour mieux s'acquitter de cette tâche et parvenir à une approche, sinon identique, du moins commune, les organes conventionnels doivent disposer d'informations complètes et à jour sur les déclarations et réserves faites à l'égard de tous les principaux traités relatifs aux droits de l'homme, sur la réaction des autres parties contractantes à ces réserves et sur les observations formulées, dans quelque contexte que ce soit, par d'autres organes compétents en matière de droits de l'homme à propos des réserves. La question de la validité peut devenir déterminante lorsque ou si un organe conventionnel est appelé à rendre un avis dans une affaire interétatique ou sur une requête individuelle.

70. Un État est libre de faire toute réserve qui n'est pas interdite par les termes du traité à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

71. En application des règles normales du droit conventionnel relatives aux réserves telles qu'elles figurent dans la Convention de Vienne sur le droit des traités ainsi que du principe selon lequel un organe judiciaire ou quasi judiciaire est compétent pour se prononcer sur sa propre compétence, les organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme sont compétents pour déterminer si une réserve est ou non incompatible avec l'objet et le but du traité.

Recommandations

72. La Sous-Commission devrait surseoir à tout autre examen de la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme, en attendant la publication du prochain rapport du Rapporteur spécial de la CDI sur les réserves aux traités, en particulier sur la question de savoir comment déterminer si une réserve est compatible avec l'objet et le but d'un traité relatif aux droits de l'homme et les conséquences d'une telle conclusion.

73. Le document de travail final devrait être transmis au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale qui a demandé initialement cette étude, aux autres organes conventionnels et à la Commission du droit international.

Notes

¹ This was before the entry into force of International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families on 1 July 2003.

² France (see A/51/40), the United States of America (see A/50/40, vol.1) and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (see A/50/40).

³ Communication No. 845/1999, *Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago*, (CCPR/C/67/D/845/1999), decision adopted on 2 November 1999.

⁴ C. Redgwell, "Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment 24", 46 *International and Comparative Law Quarterly* (1997) 390; B. Simma, "Reservations to Human Rights Treaties: Some Recent Developments", in Hafner et. al., *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenweldern* (Kluwer Law International, 1998) pp. 659-680; R. Baratta, "Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties be Disregarded?", 11 *European Journal of International Law*, (2000) 413; M. Craven, "Legal Differentiation and the Concept of Human Rights Treaty in International Law", 11 *European Journal of International Law* (2000) 489; J. Klabbers, "Accepting the Unacceptable? A Nordic Approach to Reservations to Multilateral Treaties", 69 *Nordic Journal of International Law* (2000) 179.

⁵ E.g. Follow-up action and conclusions and recommendations of the sixth meeting of persons chairing the human rights treaty bodies, report of the Secretary General (HRI/MC/1996/2), especially paras. 11-15 on intergovernmental expressions of concern.

⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, entry into force 27 January 1980 in accordance with its article 84, paragraph 1.

⁷ Article 60, paragraph 5, however, does provide an exception to the usual rules in the case of the effects of a material breach of treaties of a humanitarian character.

⁸ McNair, "The Functions and Differing Legal Character of Treaties", 11 *British Yearbook of International Law* (1930) 100; R. Higgins, "Human Rights: Some Questions of Integrity", 52 *Michigan Law Review* (1989) 1; see also the discussion of this issue in the second report on the reservations to treaties (A/CN.4/477).

⁹ See for example, article 20 of the Convention against Torture; article 2, paragraph 1, of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights and general comment No. 24, para. 15.

¹⁰ Human rights treaties are generally silent on this issue.

¹¹ E.g. general comment No. 24, para. 3 and the objection by Germany to the reservation by Algeria to article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

¹² Observations of the United Kingdom on general comment No. 24, op. cit. at note 2.

¹³ E/CN.4/Sub.2.2002/34; of the 492 objections made to reservations to the six treaties 370 (75 per cent) refer expressly to incompatibility with the object and purpose of the treaty and 118 (24 per cent) refer indirectly to incompatibility (e.g. the objecting State will interpret the statement in such a way as to be compatible with the objects and purpose of the treaty)

¹⁴ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. Report 1951*, p. 23, para 10.

¹⁵ Roberts and Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd ed., pp. 363-368.

¹⁶ This is a common pattern with regard to objections to reservations to human rights treaties, see E/CN.4/Sub.2/2002/34.

¹⁷ E.g. they specify that, notwithstanding their objection, the treaty is to enter into force between themselves and the reserving State; see *ibid.*

¹⁸ See, for example, certain Swedish objections to human rights treaties, *ibid.*; see also eighth report on the reservation to treaties (A/CN.4/535).

¹⁹ If the obligations are characterized as obligations *erga omnes* or obligations of an objective character or as binding unilateral undertakings, this might affect the ability of the State to rely on another State's reservation or to act in violation of the obligations where no other party is adversely affected by the violation; see further below.

²⁰ Observations by the United Kingdom on general comment 24, *op. cit.* at note 2. States use forms of objections such as "national legislation is not contradicting the treaty", "reservation is unnecessary: "reservations cast doubts on the commitment of the reserving State", "reservation will be interpreted as not limiting the obligations of the reserving State". See E/CN.4/Sub.2/2002/34.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ See, Recommendation No. R (99) 13 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on responses to inadmissible reservations to international treaties; document prepared by the Secretariat Directorate of Legal Affairs of the Council of Europe for the Ad hoc Committee of Legal Advisers on Public International Law (CAHDI) on practical issues regarding reservations to international treaties, CAHDI report of 3 May 2000, appendix. 4, item 10.5; see also, L. Magnusson, "Elements of Nordic Practice 1997: The Nordic Countries in Co-ordination" 67 *Nordic Journal of International Law* (1998), p. 350.

²⁵ See further below.

²⁶ It might be possible for CERD to contact all the States parties to ask them whether, if each of the reservations had been made now, they would have objected on grounds of incompatibility. Any such opinions might not be binding on the parties *inter se*, if the time limits in the Vienna Convention are regarded as applicable.

²⁷ See para. 48 below.

²⁸ Saudi Arabia objected to a reservation to the Convention on the Rights of the Child made by Oman.

²⁹ Mexico has objected to 14 reservations.

³⁰ The European Commission of Human Rights stated that, owing to the objective character of human rights obligations, a State could not rely, in an inter-State application, on a reservation made by one of the applicant governments; *Norway, Sweden, Denmark, the Netherlands & France v. Turkey*, European Commission of Human Rights, Application No. 9940-9944/82 (joined), decision on admissibility of 6 December 1983, 35 *Decisions & Reports* (1984) 143. The decision enabled the Commission to avoid ruling on the compatibility of the French reservation with the object and purpose of the European Convention on Human Rights; see further below.

³¹ Clearly any State that has made a reservation very similar to the one being examined can be assumed to think that the reservation is compatible with the object and purpose of the treaty.

³² See section IV below.

³³ Case of Certain Norwegian Loans, ICJ, 6 July 1957, *France v. Norway*.

³⁴ 35 *Decisions and Reports* 143, at paras. 39-40.

³⁵ *Report of the International Law Commission on the work of its forty-ninth session, Official Records of the General Assembly Fifty-second Session, Supplement No. 10 (A/52/10)*, para 84.

³⁶ *Bankovic & others v. Belgium & 16 other NATO States*, 52207/99, admissibility decision of 12 December 2001, paras. 55-57.

³⁷ E.g. *Bäck v. Finland* (37598/97); in April 2003 the Governments of Norway, the Netherlands, Sweden and the United Kingdom were given leave to take part in the proceedings as third parties; Press Release 332, 19 June 2003.

³⁸ There may be a temptation for a monitoring mechanism to interpret a statement which, if it were a reservation, would be invalid as incompatible as merely as a declaration, on the grounds that the State, in consenting to be bound by a human rights treaty, would not intend to negate that consent by an invalid reservation. Certain States appear to take such an approach; see E/CN.4/Sub.2/2002/34. Reserving States are likely to object to this approach.

³⁹ See supra note 3.

⁴⁰ Supra note 14.

⁴¹ For example, more recently Security Council Resolution 1318 of 7 September 2000 on ensuring the effective role for the Security Council in the maintenance of international peace and security, particularly in Africa; Security Council Resolution 1366 of 30 August 2001 on the role of the Security Council in the prevention of armed conflict.

⁴² Human rights law involves the assumption of obligations towards people within the State's jurisdiction enforced through a system of collective guarantee, rather than subjective and reciprocal rights for and between the contracting parties; *France, Norway, Denmark, Sweden and the Netherlands v. Turkey* (9940-9944/82), paras. 39-41.

⁴³ This is a particular problem in relation to certain States' reservations to CEDAW, which have no equivalent in the ratification of the ICCPR; see E/CN.4/Sub.2/2002/34. In order to begin to identify the range of issues involved, let alone deal with them, it is essential that the treaty bodies have as much relevant information as possible.

⁴⁴ See also general comment No. 24.

⁴⁵ Another distinction is that the concept of the persistent objector would appear to be inapplicable to rules of *jus cogens* but it might be relevant in relation to customary human rights norms.

⁴⁶ See E/CN.4/Sub.2/2002/34

⁴⁷ Article 27 of the Vienna Convention states: "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty". By attempting to make its internal law part of its international obligation, a State may circumvent article 27.

⁴⁸ *Supra* note 3. The decision of the Human Rights Committee postdates the report of the Special Rapporteur of ILC in which he argued that the severance principle was, at most, regional customary law in Europe.

⁴⁹ *Ibid.*, dissenting opinions of the four members of the Human Rights Committee.

⁵⁰ General comment No.26; contrast the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.
