

Document:-
A/CN.4/477 et Add.1

**Deuxième rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités
par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial**

sujet:
Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1996, vol. II(1)

*Téléchargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

LE DROIT ET LA PRATIQUE CONCERNANT LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/477 et Add.1*

Deuxième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial

*[Original : français]
[10 mai et 23 juin 1996]*

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	41
Ouvrages cités dans le présent rapport	43
<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>
I. VUE GÉNÉRALE DE L'ÉTUDE.....	1-4 45
A. Le premier rapport sur les réserves aux traités et ses suites.....	1-8 45
B. Les travaux futurs de la Commission sur le sujet des réserves aux traités.....	9-50 46
1. Champ de l'étude.....	9-7 46
2. Forme de l'étude (rappel).....	18-32 47
a) La préservation des acquis.....	19-22 47
b) Un projet d'articles assortis de commentaires.....	23 48
c) ...et de clauses types.....	24-31 48
d) Forme finale du guide de la pratique.....	32 49
3. Schéma général de l'étude.....	33-50 49
a) Caractéristiques du schéma proposé.....	33-36 49
b) Schéma général provisoire de l'étude	37 50
c) Commentaire sommaire du schéma proposé.....	38-50 51
Conclusion	51-54 53
II. UNITÉ OU DIVERSITÉ DU RÉGIME JURIDIQUE DES RÉSERVES AUX TRAITÉS ? (LES RÉSERVES AUX TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME)	55-260 54
1. Nécessité et urgence de l'examen de la question par la Commission.....	56-63 54
2. Objet et plan du chapitre	64-69 55
A. Diversité des traités et régime juridique des réserves	70-88 56
1. Restriction de l'étude aux traités normatifs.....	70-76 56
2. Traités normatifs et dispositions normatives	77-88 57
B. L'unité des règles de fond applicables aux réserves.....	89-163 59
1. Les fonctions du régime juridique des réserves.....	90-98 59
2. Un régime conçu pour être d'application générale.....	99-111 60

* Incorporant les documents A/CN.4/477/Corr.1 et Corr.4.

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
3. Le régime juridique des réserves est généralement applicable	112-162	62
a) Un débat sans conclusion possible : l'opportunité d'admettre des réserves aux traités normatifs	114-125	62
b) L'adaptation du « régime de Vienne » aux particularités des traités multilatéraux normatifs.....	126-162	65
i) La souplesse et l'adaptabilité du « régime de Vienne ».....	129-135	65
ii) Le « régime de Vienne » est adapté aux particularités des traités normatifs normatifs.....	136-162	66
a. Les problèmes liés à l'« intégrité » des traités normatifs	137-147	66
b. Les problèmes tenant à la « non-réciprocité » des engagements	148-158	68
c. Les problèmes relatifs à l'égalité entre les parties.....	159-162	69
Conclusion : le « régime de Vienne » est généralement applicable	163	70
C. La mise en œuvre du régime général des réserves (l'application du « régime de Vienne » aux traités relatifs aux droits de l'homme)	164-252	70
1. Le critère fondamental de l'objet et du but du traité	165-176	71
2. Les mécanismes de contrôle de l'application du régime des réserves	177-251	73
a) L'appréciation de la licéité des réserves par les organes de surveillance	179-215	74
i) Le rôle des mécanismes traditionnels	180-192	74
ii) Le rôle des organes de surveillance des traités de droits de l'homme.....	193-210	76
a. L'évolution de la pratique suivie par les organes de surveillance.....	194-201	76
b. Les fondements du contrôle exercé par les organes de surveillance...	202-210	78
iii) La combinaison des différents modes de contrôle de la licéité des réserves	211-215	79
b) Les conséquences des constatations faites par les organes de contrôle	216-251	81
i) Les droits et les devoirs de l'organe de contrôle.....	218-230	81
ii) Les droits et les devoirs de l'État réservataire	231-251	83
a. La force contraignante des constatations de l'organe de contrôle	234-240	83
b. Les réactions attendues de l'État réservataire.....	241-251	84
Conclusion : la coexistence des mécanismes de contrôle	252	86
CONCLUSIONS	253-260	86
 Projet de résolution de la Commission du droit international sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris aux traités relatifs aux droits de l'homme.....		 87

ANNEXES

I. Bibliographie (A/CN.4/478)	89
II. Questionnaire sur la question des réserves aux traités adressé aux États membres des Nations Unies ou d'une institution spécialisée ou parties au Statut de la CIJ.....	101
III. Questionnaire sur la question des réserves aux traités adressé aux organisations internationales	111

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, p. 221.
Protocole n° 2 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, attribuant à la Cour européenne des droits de l'homme la compétence de donner des avis consultatifs (Strasbourg, 6 mai 1963)	Ibid., vol. 1496, p. 245.
Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort (Strasbourg, 28 avril 1983)	Ibid., p. 281.
Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951)	Ibid., vol. 189, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, p. 267.
Convention douanière relative à l'importation temporaire des véhicules routiers privés (New York, 4 juin 1954)	Ibid., vol. 282, p. 249.
Convention sur les facilités douanières en faveur du tourisme (New York, 4 juin 1954)	Ibid., vol. 276, p. 191.
Protocole additionnel à la Convention sur les facilités douanières en faveur du tourisme, relatif à l'importation de documents et de matériel de propagande touristique (New York, 4 juin 1954)	Ibid., vol. 276, p. 191.
Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, à la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (Genève, 7 septembre 1956)	Ibid., vol. 266, p. 3.
Convention sur la nationalité de la femme mariée (New York, 20 février 1957)	Ibid., vol. 309, p. 65.
Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (Paris, 14 décembre 1960)	Ibid., vol. 429, p. 93.
Convention unique sur les stupéfiants (New York, 30 mars 1961)	Ibid., vol. 520, p. 151.
Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (Genève, 25 mars 1972)	Ibid., vol. 976, p. 3.
Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Rome, 26 octobre 1961)	Ibid., vol. 496, p. 43;
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Ibid., vol. 660, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, p. 171.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1969]	Ibid., vol. 1155, p. 331.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, p. 123.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1978]	Ibid., vol. 1946, p. 3.

Sources

- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979) Ibid., vol. 1249, p. 13.
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986) [ci-après dénommée Convention de Vienne de 1986] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.5).
- Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (Strasbourg, 26 novembre 1987) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1561, p. 363.
- Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989) Ibid., vol. 1577, p. 3.
- Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990) *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 49 A, résolution 45/158, annexe*.
- Protocole au Traité de l'Antarctique concernant la protection de l'environnement (Madrid, 4 octobre 1991) UICN, *Droit international de l'environnement : traités multilatéraux*, Erich Schmidt, Berlin, t. VII, p. 991:74/1.
- Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, p. 107.
- Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992) Ibid., vol. 1760, p. 70.
- Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (Paris, 13 janvier 1993) Ibid., vol. 1974, p. 47.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ANAND, R. P.
 “Reservations to multilateral conventions”, *Indian Journal of International Law 1960-1961*, Bombay, vol. I, n° 1, juillet 1960, p. 84 à 91.
- BASTID, SUZANNE
Les traités dans la vie internationale : conclusions et effets, Paris, Economica, 1985.
- BISHOP JR., WILLIAM W.
 “Reservations to treaties”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye 1961-II*, Leyde, Sijthoff, 1962, t. 103, p. 245 à 341.
- BLAY, SAMUEL K. N. ET B. M. TSAMENYI
 “Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 2, n° 4, octobre 1990, p. 527 à 561.
- BONIFACE, PASCAL
Les sources du désarmement, Paris, Economica, 1989.
- BOURGUIGNON, HENRY J.
 “The Belilos case: new light on reservations to multilateral treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 29, n° 2, été 1989, p. 347 à 386.
- BOWETT, D. W.
 “Reservations to non-restricted multilateral treaties”, *British Year Book of International Law, 1976-1977* (Oxford), 48^e année, 1978, p. 67 à 92.
- CAMERON, Iain et F. Horn
 “Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos case”, *German Yearbook of International Law*, vol. 33, 1990, p. 69 à 129.
- CASSESE, ANTONIO
 “A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)”, *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968, p. 266 à 304.
- CERNA, CHRISTINA M.
 « La Cour interaméricaine des droits de l’homme : ses premières affaires », *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXIX, 1983, p. 300 à 312.
- CLARK, BELINDA
 “The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women”, *American Journal of International Law*, vol. 85, 1991, p. 281 à 321.
- COCCIA, MASSIMO
 “Reservations to multilateral treaties on human rights”, *California Western International Law Journal*, vol. 15, n° 1, HIVER 1985, p. 1 à 51.
- COHEN-JONATHAN, GÉRARD
La Convention européenne des droits de l’homme, Paris, Economica, 1989.
 « Les réserves à la Convention européenne des droits de l’homme (à propos de l’arrêt *Belilos* du 29 avril 1988) », *Revue générale de droit international public*, vol. 93/1989/2, p. 273 à 315.
- COOK, REBECCA J.
 “Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 30, n° 3, printemps 1990, p. 643 à 716.
- DE VISSCHER, CHARLES
Théories et réalités en droit international public, 4^e éd. revue et mise à jour, Paris, Pedone, 1970.
- EDWARDS Jr., RICHARD W.
 “Reservations to treaties”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, printemps 1989, p. 362 à 405.
- ELIAS, Taslim O.
The Modern Law of Treaties, Dobbs Ferry (New York), Oceana Publications, 1974.
- FITZMAURICE, G. G.
 “Reservations to multilateral conventions”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, part 1, janvier 1953, p. 1 à 26.
 “The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: treaty interpretation and other treaty points”, *British Year Book of International Law, 1957* (Oxford), 33^e année, p. 203 à 293.
- FLAUSS, Jean-François
 « 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, *Revue universelle des droits de l’homme*, vol. 5, n° 9-10, 20 décembre 1993, p. 297 à 303.
- GAMBLE Jr., John King
 “Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice”, *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 372 à 394.
- GIEGERICH, Thomas
 “Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien: Ein konstitutioneller Ansatz” (Reservations to human rights agreements: admissibility, validity, and review powers of treaty bodies. – a constitutional approach), *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart, Berlin, Cologne), vol. 55, 1995, p. 713 à 782 (résumé en anglais, p. 778 et 779).
- GOLSONG, Héribert
 « Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l’homme », *Les clauses échappatoires en matière d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme : quatrième colloque du Département des droits de l’homme*, Université catholique de Louvain, 7 décembre 1978, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 23 à 42.
- HALAJCZUK, B. T.
 « Les Conventions multilatérales entre l’universalité et l’intégrité », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, Genève, t. XXXVIII, 1960.
- HIGGINS, Rosalyn
 “Introduction”, *Human Rights as General Norms and a State’s Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, publié sous la direction de J. P. Gardner, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, p. xv à xxix.
 “Human rights: some questions of integrity”, *The Modern Law Review*, vol. 52, n° 1, janvier 1989, p. 1 à 21.
 “Derogations under human rights treaties”, *British Year Book of International Law, 1976-1977* (Oxford), 48^e année, 1978, vol. 48, p. 281 à 230.
- Imbert, PIERRE-HENRI
Les réserves aux traités multilatéraux : évolution du droit et de la pratique depuis l’avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951, Paris, Pedone, 1978.
 « 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, organisé conjointement par le Gouvernement de la République fédérale d’Allemagne et*

- le secrétariat général du Conseil de l'Europe (Francfort, 9-12 avril 1980)*, Paris, Pedone, 1982, p. 97 à 140.
- « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*) », *Revue générale de droit international public*, t. 87/1983/3, p. 580 à 625.
- JACQUÉ, Jean-Paul
Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.
- JENEFSKY, Anna
"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*, vol. 15, n° 2, automne 1991, p. 199 à 233.
- LACHS, Manfred
« Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1957-II*, Leyde, Sijthoff, 1958, t. 92, p. 229 à 341.
- LAUTERPACHT, sir Hersch
"Some possible solutions of the problem of reservations to treaties", *Problems of Public and Private International Law*, Londres, Grotius Society, vol. 39, 1954, p. 97 à 118.
- MACDONALD, R. St. J.
"Reservations under the European Convention on Human Rights", *Revue belge de droit international*, vol. XXI, 1988-2, p. 429 à 450.
- MARESCA, Adolfo
Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969, Milan, Giuffrè, 1971.
- MARKS, Susan
"Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 2^e partie, avril 1990, p. 300 à 327.
- MCBRIDE, Jeremy
"Reservations and the capacity to implement human rights treaties", *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, publié sous la direction de J. P. Gardner, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, p. 120 à 184.
- MERON, Theodor
Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- NGUYEN QUOC, D., P. DAILLIER et A. PELLET
Droit international public, 5^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994.
- PIPER, Catherine Logan
"Reservations to multilateral treaties: the goal of universality", *Iowa Law Review*, vol. 71, n° 1, octobre 1985, p. 295 à 322.
- REDGWELL, Catherine
"Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties", *British Year Book of International Law*, 1993, 64^e année, p. 245 à 282.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, 3^e éd. revue et augmentée par Philippe Cahier, Paris, Presses universitaires de France, publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, 1995.
- RUDA, J. M.
"Reservation to treaties », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1975-III*, Leyde, Sijthoff, 1977, t. 146, p. 95 à 218.
- SCHABAS, William A.
"Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform", *Annuaire canadien de droit international*, t. XXXII, 1994, p. 39 à 81.
"Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. XXI, n° 2 (1995), p. 277 à 325.
« Article 64 », *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, publié sous la direction de L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, Paris, Economica, 1995, p. 923 à 942.
- SCHACHTER, Oscar, M. NAWAZ et J. FRIED
Toward Wider Acceptance of U N Treaties, New York, Arno Press, 1971, 190 pages.
- SCHMIDT, Markus G.
"Reservations to United Nations human rights treaties: the case of the two Covenants", *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, publié sous la direction de J. P. Gardner, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 1997, p. 20 à 34.
- SCOVAZZI, Tullio
Esercitazioni di diritto internazionale, Milan, Giuffrè, 1994.
- SHELTON, Dinah
"State practice on reservations to human rights treaties", *Canadian Human Rights Yearbook*, 1983, p. 205 à 234.
- SIMMA, Bruno
"Self-contained regimes", *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haye, vol. XVI, 1985, p. 111 à 136.
- SINCLAIR, sir Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2^e éd., Manchester University Press, 1984.
- STEWART, Gwyneth G.
"Enforcement problems in the Endangered Species Convention: reservations regarding the reservation clause", *Cornell International Law Journal*, vol. 14, n° 2, été 1981, p. 429 à 455.
- SUY, Erik
« Droit des traités et droits de l'homme », *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1983, vol. 81, p. 935 à 948.
- TÉBOUL, Gérard
« Remarques sur les réserves aux conventions de codification », *Revue générale de droit international public*, t. 86/1982/4, p. 679 à 717.
- TOMUSCHAT, Christian
"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", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, p. 463 à 482.
- VASAK, Karel
« Le droit international des droits de l'homme », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1974-IV*, Leyde, Sijthoff, t. 140, 1976, p. 333 à 416.
- VELU, Jacques et R. ERGEC
La Convention européenne des droits de l'homme, Extrait du Répertoire pratique du droit belge, Complément, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990.
- ZEMANEK, Karl
"Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties", *Études de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, publié sous la direction de Jerzy Makarczyk, La Haye, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff (Institut de l'État et de droit de l'Académie polonaise des sciences), 1984, p. 323 à 336.

CHAPITRE PREMIER

Vue générale de l'étude

A. – Le premier rapport sur les réserves aux traités et ses suites

1. Conformément aux souhaits de l'Assemblée générale¹, le Rapporteur spécial a présenté, lors de la quarante-septième session de la Commission, un premier rapport sur le droit et la pratique des réserves aux traités². En trois chapitres, ce rapport a :

a) décrit brièvement les travaux antérieurs de la Commission relatifs aux réserves et leurs suites,

b) procédé à un inventaire sommaire des problèmes posés par le sujet, et

c) présenté un certain nombre de suggestions sur la portée et la forme des travaux futurs de la Commission.

2. Au terme de l'examen auquel la Commission a procédé, le Rapporteur spécial a résumé de la manière suivante les conclusions qu'il tirait des débats :

a) La Commission estimait que le titre du sujet devait être modifié pour se lire dorénavant « Les réserves aux traités »;

b) La Commission devrait adopter un guide de la pratique en matière de réserves. Conformément au statut de la Commission et à sa pratique habituelle, ce guide se présenterait sous la forme d'un projet d'articles dont les dispositions, assorties de commentaires, constitueraient des principes directeurs susceptibles de guider la pratique des États et des organisations internationales en matière de réserves; ces dispositions seraient, le cas échéant, accompagnées de clauses types;

c) Les arrangements ci-dessus devraient être interprétés avec souplesse et, si elle estimait devoir s'en écarter de manière importante, la Commission pourrait soumettre à l'Assemblée générale de nouvelles propositions au sujet de la forme que pourrait revêtir le résultat de ses travaux;

d) Il existait un consensus au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986³.

3. De l'avis de la Commission, ces conclusions ont constitué « le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 et 49/51 », étant entendu que, « [s]elon la Commission, les clauses types sur les réserves, à insérer dans les traités multilatéraux, devraient être conçues de manière à réduire au maximum les possibilités de différend à l'avenir »⁴.

4. Suite aux débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI, l'Assemblée générale, par sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995, a pris note du commencement des travaux de la CDI sur ce thème et l'a invitée « à poursuivre ses travaux sur [ce sujet] selon les modalités indiquées dans son rapport »⁵.

5. Par ailleurs, à sa 2416^e séance, le 13 juillet 1995, la Commission « a autorisé le Rapporteur spécial à préparer un questionnaire détaillé en matière de réserves aux traités afin de s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient dépositaires de conventions multilatérales »⁶. Dans sa résolution 50/45 précitée, l'Assemblée générale a invité « les États et les organisations internationales, en particulier les dépositaires, à répondre promptement au questionnaire établi par le Rapporteur spécial sur le sujet concernant les réserves aux traités »⁷.

6. Conformément à ces dispositions, le Rapporteur spécial a établi un questionnaire détaillé, dont le texte a été adressé par le Secrétariat aux États Membres des Nations Unies ou d'une institution spécialisée ou parties au Statut de la CIJ et qui sera distribué lors de la quarante-huitième session de la Commission⁸. Douze États ont, pour l'instant, répondu au questionnaire⁹. À l'exception de Saint-Marin, ces États ont répondu exclusivement aux questions sur lesquelles le Rapporteur spécial avait attiré l'attention et qui concernent plus spécialement les questions traitées dans le présent rapport¹⁰. Plusieurs États ont assorti leurs réponses d'une documentation abondante et d'un grand intérêt sur leur pratique en matière de réserves.

7. Le Rapporteur spécial a également préparé un questionnaire du même type qui sera adressé prochainement aux organisations internationales dépositaires de traités multilatéraux et dont le texte figure à l'annexe III du présent rapport.

8. En outre, comme le Rapporteur spécial s'y était engagé en 1995¹¹, une bibliographie (non exhaustive) sur la question des réserves aux traités a été distribuée sous la cote A/CN.4/478. Elle est reproduite en tant qu'annexe I au présent rapport.

⁵ Par. 4 de la résolution.

⁶ *Annuaire... 1995*, vol II (2^e partie), par. 489, p. 113.

⁷ Par. 4 et 5.

⁸ Reproduit en tant qu'annexe II du présent rapport.

⁹ Canada, Chili, Danemark, Équateur, Espagne, Estonie, États-Unis d'Amérique, Finlande, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Saint-Marin, Slovaquie et Suisse. Le Rapporteur spécial tient à exprimer sa vive reconnaissance à ces États. Il espère qu'il leur sera possible de compléter leurs réponses et que d'autres États répondront au questionnaire dans un avenir proche.

¹⁰ Voir annexe III du présent rapport, par. 6 de la note d'envoi du questionnaire.

¹¹ *Annuaire... 1995*, vol. I, 2400^e séance, par. 7, p. 158.

¹ Résolution 48/31 du 9 décembre 1993, par. 7

² *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, p. 133 et suiv.

³ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 487, p. 113.

⁴ *Ibid.*, par. 488.

B. – Les travaux futurs de la Commission sur le sujet des réserves aux traités

1. CHAMP DE L'ÉTUDE

9. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial s'est efforcé de dresser un inventaire sommaire des problèmes posés par le sujet¹², sans prétendre à l'exhaustivité et sans hiérarchiser les questions en fonction de leur importance respective ou de leurs relations logiques les unes avec les autres.

10. Bien que l'établissement d'une « problématique générale » n'eût pas été au cœur des débats de la Commission sur ce sujet lors de sa quarante-septième session, ceux-ci ont permis des clarifications utiles à cet égard¹³. Cinq grands problèmes de fond ont été abondamment débattus lors de la discussion du premier rapport du Rapporteur spécial¹⁴ :

a) La définition des réserves, leur différenciation avec les déclarations interprétatives et les différences de régime juridique qui caractérisent les deux institutions¹⁵;

b) La querelle doctrinale (mais qui a des conséquences pratiques importantes) entre les écoles de la « permissibilité » ou de l'« admissibilité », d'une part, et celle de l'« opposabilité », d'autre part¹⁶. Cette querelle porte, en définitive, sur ce que l'on peut probablement considérer *prima facie* comme le problème central posé par le sujet : les conditions de licéité et d'opposabilité des réserves¹⁷;

c) Le règlement des différends¹⁸;

d) Les effets de la succession d'États sur les réserves et les objections aux réserves¹⁹;

e) La question de l'unité ou de la diversité du régime juridique applicable aux réserves en fonction de l'objet du traité auquel elles sont faites²⁰.

11. Ainsi, les membres de la Commission ont donné au Rapporteur spécial des indications utiles, sinon sur l'ordre dans lequel les problèmes devaient être traités²¹, du moins sur les questions auxquelles une attention particulière devrait être accordée.

12. De même, les débats de la Sixième Commission durant la cinquantième session de l'Assemblée générale permettent de se faire une idée plus exacte des points qui préoccupent les États en la matière²². On peut relever en particulier que leurs représentants ont mis l'accent sur deux problèmes de fond essentiels :

a) La question des réserves et les traités relatifs aux droits de l'homme²³;

b) La question de la distinction entre déclarations interprétatives et réserves²⁴.

En outre, « certains représentants ont invité la CDI à clarifier [particulièrement] les points suivants : les effets des réserves non admissibles; le régime des objections aux réserves; et la différence précise entre les réserves et les déclarations interprétatives ainsi que la définition exacte des effets juridiques de ces dernières »²⁵.

13. Il est intéressant et, à bien des égards, réconfortant de constater une concordance de vues assez frappante entre les positions prises par les membres de la Commission, d'une part²⁶, et les représentants des États, d'autre part, en ce qui concerne la « hiérarchie » des problèmes posés – ou laissés en suspens – par le régime juridique actuel des réserves aux traités.

14. Il semble donc légitime de considérer que, dès lors que « la Sixième Commission, en sa qualité d'organe constitué de représentants des gouvernements, et la Com-

¹² Ibid., vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, chap. II, p. 154 à 164; voir en particulier les paragraphes 124, 148 et 149, dans lesquels le Rapporteur spécial énumère les principaux problèmes qui, selon lui, tiennent aux ambiguïtés et aux lacunes des dispositions relatives aux réserves dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986.

¹³ Ibid., vol. II (2^e partie), par. 442 à 466, p. 109 à 112.

¹⁴ Ibid., par. 473 à 478, p. 112, et vol. I, 2412^e séance, p. 234 à 242.

¹⁵ Ibid., vol. I, 2401^e séance, intervention de M. Tomuschat, p. 164 et 165; 2402^e séance, interventions de M. Robinson, p. 168 à 170, de M. Lukashuk, p. 170 et 171, et de M. He, p. 171 et 172; 2404^e séance, interventions de M. Pambou-Tchivounda, p. 178 et 179, de M. Elaraby, p. 181 et 182, et de M. Sreenivasa Rao, p. 182 et 183; 2407^e séance, interventions de M. Yamada, p. 203 et 204, et de M. Eiriksson, p. 205; 2412^e séance, intervention de M. Al-Baharna, p. 234 à 236.

¹⁶ Pour « faire court », on peut estimer que les « permissibilistes » considèrent qu'une réserve contraire à l'objet et au but du traité est nulle par elle-même, tandis que les « opposabilistes » estiment que le seul critère de la validité d'une réserve est la position prise par les autres États contractants. Pour de plus amples (mais préliminaires) développements sur ce point, voir *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, par. 100 à 107, p. 155 et 156.

¹⁷ *Annuaire... 1995*, vol. I, 2401^e séance, interventions de M. Tomuschat, p. 164 et 165, et de M. Bowett, p. 165; 2404^e séance, intervention de M. Elaraby, p. 181 et 182; 2407^e séance, interventions de M. Kabatsi, p. 202 et 203, et de M. Yamada, p. 203 et 204.

¹⁸ Ibid., 2402^e séance, intervention de M. Robinson, p. 168 à 170; 2403^e séance, intervention de M. Villagrán Kramer, p. 174 et 175.

¹⁹ Ibid., 2406^e séance, intervention de M. Mikulka, p. 200; 2407^e séance, intervention de M. Eiriksson, p. 205.

²⁰ Ibid., 2402^e séance, intervention de M. Robinson, p. 168 à 170; 2403^e séance, intervention de M. Villagrán Kramer, p. 174; 2404^e séance, interventions de M. de Saram, p. 176 à 178, et de M. Sreenivasa Rao, p. 182 et 183; 2407^e séance, interventions de M. Idris, p. 201 et 202, et de M. Yamada, p. 203 et 204.

²¹ Certains membres de la Commission ont fait des observations utiles à cet égard. Ainsi, plusieurs d'entre eux ont fait remarquer que « les problèmes de réserves à des traités et d'objections aux réserves liés à la succession d'États ne devraient pas figurer parmi les priorités de la Commission dans la suite de ses travaux » (*Annuaire... 1995*, vol. II [2^e partie], par. 461, p. 111).

²² Voir le résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa cinquantième session (A/CN.4/472/Add.1), par. 143 à 174.

²³ Ibid., par. 155 à 161; voir aussi les points de vue des délégations des États-Unis [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Sixième Commission*, 13^e séance (A/C.6/50/SR.13), par. 50 à 53]; du Pakistan [18^e séance (A/C.6/50/SR.18), par. 62]; de l'Espagne [22^e séance (A/C.6/50/SR.22), par. 44]; de Sri Lanka [24^e séance (A/C.6/50/SR.24), par. 82]; du Liban [25^e séance (A/C.6/50/SR.25), par. 20].

²⁴ A/CN.4/472/Add.1, par. 162 à 167; voir aussi les points de vue des délégations du Venezuela [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Sixième Commission*, 24^e séance (A/C.6/50/SR.24), par. 56] et de la République de Corée (par. 93).

²⁵ A/CN.4/472/Add.1, par. 148.

²⁶ Voir *supra* par. 10.

mission du droit international, en sa qualité d'organe constitué d'experts juridiques indépendants »²⁷, s'accordent sur l'importance particulière de certains thèmes, ceux-ci doivent être examinés avec une attention spéciale. Tel est le cas, sans aucun doute :

- a) De la question de la définition même des réserves;
- b) Du régime juridique des déclarations interprétatives;
- c) De l'effet des réserves contraires au but et à l'objet du traité;
- d) Des objections aux réserves;
- e) Des règles applicables, le cas échéant, aux réserves à certaines catégories de traités et, en particulier, aux traités relatifs aux droits de l'homme.

15. Cette liste de questions particulièrement importantes ne saurait cependant limiter le champ de l'étude de la Commission sur le sujet des réserves aux traités. Tant la Commission elle-même en proposant ce thème²⁸ que l'Assemblée générale en approuvant cette proposition²⁹ ont évoqué, d'une manière générale, « le droit et la pratique concernant les réserves aux traités », sans préciser ou limiter les problèmes devant faire l'objet de cette étude. Au surplus, il semble difficile d'analyser sérieusement les questions énumérées ci-dessus³⁰ et de formuler utilement des projets d'articles à leur sujet sans les replacer dans le contexte plus large du droit relatif aux réserves aux traités. Il ne serait d'ailleurs guère concevable de rédiger un « guide de la pratique » en n'y incluant que des points controversés : si ce guide doit être utilisé par les États et les organisations internationales, il convient que les « utilisateurs » y trouvent les réponses à toutes les questions qu'ils peuvent se poser en la matière.

16. Il paraît dès lors raisonnable de prendre en considération l'ensemble des questions relatives aux réserves qui ne sont pas résolues, ou qui le sont imparfaitement, par les conventions de codification existantes³¹, tout en accordant une attention à la fois particulière et prioritaire aux problèmes que la CDI et la Sixième Commission ont l'une et l'autre considérés comme présentant une importance spéciale et en rappelant les règles applicables, telles qu'elles ont été codifiées par les conventions existantes ou résultent de la pratique.

17. De plus, comme cela a été rappelé dans le premier rapport du Rapporteur spécial sur ce sujet, à la liste relativement longue de ces questions non ou mal résolues par les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 devraient s'en ajouter d'autres qui tiennent à l'existence de ce que l'on pourrait appeler des institutions « concurrentes » des réserves qui visent à moduler la participation aux traités mais qui, comme elles, menacent l'intégralité

et l'universalité des conventions en cause (protocoles additionnels, bilatéralisation, acceptation sélective de certaines dispositions, etc.)³². Il n'est pas douteux que ces techniques n'entrent pas, en tant que telles, dans le champ de l'étude : ce ne sont pas des réserves. Toutefois, dans la mesure où elles visent aux mêmes fins et ont des effets comparables, il paraît utile de les prendre en considération chaque fois que cela se révélera nécessaire, ne fût-ce que pour attirer l'attention des États sur les perspectives qu'elles ouvrent dans certains cas. Elles peuvent en effet constituer des alternatives utiles à l'utilisation de réserves dans l'hypothèse où le recours à celles-ci se heurte à des objections de nature juridique ou politique. En outre, les réserves à ces instruments posent elles-mêmes des problèmes particuliers qui ne peuvent être négligés³³.

2. FORME DE L'ÉTUDE (RAPPEL)

18. Comme cela est rappelé plus haut³⁴, la Commission a décidé, à sa quarante-septième session, d'élaborer en principe un « guide de la pratique en matière de réserves » et a considéré qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986, étant entendu que le projet pourrait être assorti, le cas échéant, de « clauses types ». Ces modalités, appuyées par de nombreux représentants à la Sixième Commission³⁵, ont été approuvées par l'Assemblée générale³⁶.

a) *La préservation des acquis*

19. La décision de préserver les acquis des Conventions de Vienne en matière de réserves fournit un point d'appui solide à la suite des travaux de la Commission³⁷. Il en résulte en particulier que le point de départ de l'étude du présent sujet est nécessairement constitué par :

a) L'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 et les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969;

b) L'alinéa *j* du paragraphe 1 de l'article 2 et l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978;

c) L'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 et les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1986³⁸.

³² *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, par. 149, p. 164.

³³ *Ibid.*, par. 145 à 147, p. 163; voir les exemples brièvement exposés concernant les protocoles additionnels d'une part, et la technique de la bilatéralisation – utilisée surtout dans les conventions de droit international privé – d'autre part.

³⁴ *Supra* par. 2 et 3.

³⁵ Voir A/CN.4/472/Add.1, par. 147.

³⁶ Résolution 50/45, par. 4.

³⁷ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, par. 153 à 169, p. 165 à 167.

³⁸ *Ibid.*, par. 60, 70 et 89, p. 147, 149 et 152. Ces dispositions y sont reproduites *in extenso*.

²⁷ Résolution 50/45 de l'Assemblée générale, préambule.

²⁸ *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), par. 427, p. 100.

²⁹ Voir *supra* note 1.

³⁰ Par. 14.

³¹ Voir *supra* note 13, ainsi que les questionnaires adressés aux États et aux organisations internationales (annexes II et III du présent rapport).

20. Cette décision constitue également une contrainte en ce sens que la Commission devra s'assurer que les projets d'articles qu'elle sera conduite à adopter seront en tous points conformes à ces dispositions, dont il s'agit uniquement de lever les ambiguïtés et de combler les lacunes³⁹.

21. Le Rapporteur spécial se propose donc, dans ses rapports ultérieurs, de rappeler systématiquement, à propos de chacun des points qu'il abordera, les dispositions pertinentes des conventions existantes, d'indiquer de quelle manière les projets d'articles dont il proposera l'adoption s'y rattachent et d'établir leur conformité avec leur lettre et avec leur esprit.

22. Il sera d'ailleurs probablement de bonne pratique de faire figurer le texte même des dispositions existantes en tête de chacun des chapitres du projet de guide de la pratique en matière de réserves qu'il s'agit d'établir.

b) *Un projet d'articles assortis de commentaires...*

23. Ces dispositions devraient, dans chaque cas, être suivies par l'énoncé de règles complémentaires ou « clarificatrices » qui constitueront le corps même de l'étude et qui, comme la Commission l'a souhaité lors de sa quarante-septième session⁴⁰, se présenteront, conformément à sa pratique habituelle, sous la forme d'un projet d'articles dont les dispositions seront assorties de commentaires.

c) *... et de clauses types*

24. En outre, les projets d'articles eux-mêmes seront, le cas échéant, suivis de clauses types conçues, conformément aux directives de la Commission, « de manière à réduire au maximum les possibilités de différend à l'avenir »⁴¹.

25. La fonction de ces clauses types doit être bien comprise.

26. Le « guide de la pratique » que la Commission a l'intention d'établir est destiné à proposer aux États et aux organisations internationales des « principes directeurs susceptibles de guider [leur] pratique en matière de réserves »⁴². Il s'agira donc de règles générales ayant vocation à s'appliquer à tous les traités, quel qu'en soit l'objet⁴³, dans le silence des dispositions conventionnelles. Toutefois, comme d'ailleurs les règles des Conventions de

Vienne elles-mêmes⁴⁴ et les normes coutumières qu'elles consacrent⁴⁵, ces règles seront de nature purement supplétive de volonté; elles ne sauraient avoir une quelconque valeur impérative et les parties contractantes seront, bien évidemment, toujours libres de les écarter. Il suffira pour cela que les négociateurs introduisent, dans le traité, des clauses spécifiques relatives aux réserves.

27. On a souvent souligné l'intérêt qu'il y a à insérer dans les traités multilatéraux des clauses relatives aux réserves⁴⁶. Ainsi, dans son avis consultatif du 28 mai 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a relevé les inconvénients qu'entraînait l'importante divergence de vues entre les États en ce qui concerne les effets des réserves et des objections et fait valoir qu'« un article relatif à l'usage des réserves aurait pu [y] obvier »⁴⁷. De même, la Commission a rappelé dans son rapport de 1951 à l'Assemblée générale que

[I]es États négociateurs ont toujours le pouvoir d'inclure, dans le texte de la convention même, des dispositions fixant les limites éventuelles dans lesquelles les réserves seraient recevables, ainsi que l'effet qu'il conviendrait de reconnaître aux objections qui seraient formulées à leur encontre, et, d'ordinaire, c'est lorsqu'une convention ne contient aucune disposition à ce sujet que naissent les difficultés. Aussi est-il hautement souhaitable que les rédacteurs d'une convention abordent de front le problème des réserves aux conventions multilatérales, au moment même où ils élaborent le texte de la convention; de l'avis de la Commission, c'est cette méthode qui donnera vraisemblablement, à la longue, les résultats les plus satisfaisants.⁴⁸

En outre, dans sa résolution 598 (VI) du 12 janvier 1952, l'Assemblée générale a recommandé

que les organes des Nations Unies, les institutions spécialisées et les États envisagent, lors de l'élaboration des conventions multilatérales, l'opportunité d'insérer dans ces conventions des dispositions concernant la recevabilité ou l'irrecevabilité des réserves et l'effet qu'il faut attribuer aux réserves.

28. De telles clauses peuvent avoir une triple fonction :

a) Elles peuvent renvoyer aux règles figurant dans les Conventions de Vienne de 1969 ou 1986 soit explicite-

³⁹ Sans doute la Commission a-t-elle également estimé que les arrangements qu'elle avait adoptés, y compris en ce qui concerne la préservation des acquis, « devaient être interprétés avec souplesse » et que, « si elle estimait devoir s'en écarter de manière importante, [elle] pourrait soumettre à l'Assemblée générale de nouvelles propositions au sujet de la forme que pourrait revêtir le résultat de ses travaux » (*Annuaire... 1995*, vol. II [2^e partie], par. 487, al. c, p. 113), ce qui implique que, si la nécessité impérieuse s'en faisait sentir, elle pourrait proposer de remettre en cause certaines des règles retenues dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986. De l'avis du Rapporteur spécial, il ne devrait et ne pourrait en aller ainsi qu'après mûre réflexion.

⁴⁰ Voir *supra* par. 2 et 3.

⁴¹ Voir *supra* par. 3.

⁴² *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 487, al. b, p. 113.

⁴³ Voir *infra* chap. II.

⁴⁴ Voir notamment : Maresca, *Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 23 Maggio 1969*, p. 289 et 304; Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux : évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, p. 160 et 161 et 223 à 230; Ruda, "Reservations to treaties", *Recueil des cours... 1975-III*, p. 180; ou Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 73 à 75; telle était aussi la position et de la CIJ (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, cité *infra* par. 27) et des auteurs de l'opinion dissidente commune : « [...] les États qui négocient une convention sont libres de modifier tant la règle [coutumière qu'ils estimaient exister] que la pratique en insérant, dans la convention, les dispositions expresses qui conviennent – ce qu'ils font d'ailleurs fréquemment » (*ibid.*, p. 30).

⁴⁵ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, par. 154 à 157, p. 164 et 165.

⁴⁶ Même s'il n'y a pas là une panacée; voir à cet égard Imbert (*op. cit.*), qui souligne que « les clauses de réserves ne constituent pas dans tous les cas une solution idéale, toujours préférable au silence du traité » (p. 214); voir également le chapitre que l'auteur consacre au « rôle réduit des clauses conventionnelles dans le droit applicable à l'admission des réserves » (p. 202 à 230).

⁴⁷ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.

⁴⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Supplément n° 9 (A/1858)*, par. 27, p. 7.

ment⁴⁹, soit implicitement en reproduisant les termes de certaines de leurs dispositions⁵⁰;

b) Elles peuvent en combler les lacunes ou en lever les ambiguïtés, en précisant les points obscurs ou non abordés par les Conventions de Vienne;

c) Elles peuvent déroger aux règles de Vienne en prévoyant un régime spécial en matière de réserves, que les parties contractantes jugent plus approprié aux fins du traité particulier qu'elles ont conclu.

29. Les clauses types que la Commission se propose de suggérer dans le cadre de l'étude des réserves aux traités ne sauraient s'apparenter au premier de ces modèles : de telles clauses, si elles assurent, sans discussion possible, l'application uniforme d'un régime de réserves, que les parties au traité aient ou non ratifié les Conventions de Vienne, laissent intégralement subsister les lacunes et ambiguïtés des dispositions pertinentes de ces conventions. De même, les clauses types n'auront pas pour fonction de combler ces lacunes ou de lever ces ambiguïtés : tel est précisément l'objet du « guide de la pratique » dont la Commission entreprend l'élaboration. Il pourra par contre être utile qu'à l'avenir les États et organisations internationales contractants insèrent des clauses de réserves reprenant les projets d'articles qui figureront dans le futur guide de la pratique afin d'en assurer la cristallisation en normes de nature coutumière.

30. Toutefois, la fonction des clauses types qui s'ajouteront au projet d'articles proprement dit est différente. Il s'agira exclusivement d'inciter les États à insérer dans certains traités particuliers ces clauses types en matière de réserves, dérogatoires du droit commun et mieux adaptées à la nature particulière de ces traités ou aux circonstances dans lesquelles ils auront été conclus. Une telle pratique aurait le mérite d'adapter le régime juridique des réserves aux exigences particulières propres à ces traités ou à ces circonstances, préservant ainsi la souplesse à laquelle la Commission et les représentants des États sont à juste titre attachés, sans remettre en cause l'unité du droit commun applicable aux réserves aux traités.

31. Bien entendu, cette technique n'est utilisable que pour les traités qui viendront à être conclus dans le futur. En ce qui concerne les traités en vigueur, les deux seules possibilités seraient soit de les modifier, soit d'adopter un protocole additionnel consacré aux réserves, ce qui ne laisse pas de poser de difficiles problèmes.

⁴⁹ Voir l'article 75 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Des réserves ne peuvent être faites sur la présente Convention qu'en conformité avec les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités souscrite le 23 mai 1969 ».

⁵⁰ Voir, par exemple, le paragraphe 2 de l'article 28 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (qui reprend d'ailleurs les termes du paragraphe 2 de l'article 20 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, donc antérieure à l'adoption de la Convention de Vienne de 1969), aux termes duquel : « Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée »; voir aussi le paragraphe 2 de l'article 51 de la Convention relative aux droits de l'enfant ou le paragraphe 2 de l'article 91 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

d) *Forme finale du guide de la pratique*

32. En définitive, le guide de la pratique en matière de réserves que la Commission se propose d'élaborer conformément à l'invitation que lui a faite l'Assemblée générale devrait être divisé en chapitres⁵¹. Chacun de ces chapitres devrait se présenter sous la forme suivante :

a) Rappel des dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 ou 1986 et commentaire de ces dispositions mettant en évidence leur sens, leur portée, leurs ambiguïtés et leurs lacunes⁵²;

b) Projets d'articles visant à combler ces lacunes ou à lever ces ambiguïtés et commentaire de ces projets d'articles;

c) Clauses types susceptibles d'être insérées, le cas échéant, dans des traités spécifiques et dérogeant aux projets d'articles et commentaire de ces clauses types.

3. SCHÉMA GÉNÉRAL DE L'ÉTUDE

a) *Caractéristiques du schéma proposé*

33. L'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale à la CDI a porté, conformément aux termes de la résolution 48/31, sur la forme que devrait prendre le résultat du travail de la Commission sur le thème des réserves aux traités, plus que sur le contenu de l'étude à entreprendre. Sans qu'il soit probablement nécessaire de fixer d'emblée un plan complet et rigide de celle-ci, il paraît cependant utile de réfléchir au schéma général dont la Commission pourrait s'inspirer pour la suite de ses travaux sur ce sujet.

34. De l'avis du Rapporteur spécial, un tel schéma devrait répondre aux exigences suivantes :

a) Il devrait permettre de couvrir le sujet « Les réserves aux traités » dans son intégralité de façon à ce que les États et les organisations internationales puissent trouver dans le guide de la pratique qui résultera de l'étude de la Commission tous les éléments utiles en ce domaine;

b) Il devrait aussi mettre en évidence les problèmes qui demeurent le plus mal résolus à l'heure actuelle et qui préoccupent à juste titre les États et les organisations internationales;

c) Il devrait en outre être suffisamment clair et simple pour permettre aux membres de la Commission et aux représentants des États à l'Assemblée générale de suivre sans trop de difficultés les progrès de l'étude;

d) Il devrait aboutir à un guide de la pratique réellement *utilisable* par les États et les organisations internationales; si les considérations théoriques ne sauraient, sans aucun doute, être complètement absentes de l'étude – ne fût-ce que parce qu'elles ont des conséquences pra-

⁵¹ Voir *infra* par. 164 à 252.

⁵² Pour l'essentiel, il devrait s'agir d'un bref rappel se fondant sur les développements du premier rapport du Rapporteur spécial (voir *supra* note 2).

tiques considérables –, elles ne sauraient dicter l'approche générale du sujet, que le Rapporteur spécial conçoit comme devant être plus pragmatique que théorique;

e) Il devrait enfin constituer un cadre général susceptible d'adaptations et de compléments, si le besoin s'en fait sentir, à mesure de l'avancement des travaux de la Commission.

35. Pour établir le schéma figurant *infra* (par. 37), le Rapporteur spécial s'est fondé sur les éléments suivants :

a) Les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986; cela lui a paru constituer le point de départ indispensable de toute réflexion sur le contenu de l'étude dès lors qu'il a été convenu que celle-ci doit « préserver les acquis »⁵³;

b) Le recensement non exhaustif des problèmes posés par le sujet que le Rapporteur spécial avait tenté de faire dans son premier rapport⁵⁴; bien que cette liste eût été établie sur la base d'une étude superficielle des travaux préparatoires des trois Conventions de Vienne et de la doctrine, elle n'a pas fait l'objet de contestations fondamentales lors de la discussion de ce rapport;

c) Les débats qui ont eu lieu à la CDI puis à la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur le sujet des réserves aux traités et qui ont permis d'avoir une idée plus complète et plus exacte des problèmes posés par le sujet, et de les « hiérarchiser » en fonction des préoccupations exprimées par les membres de la CDI et par les représentants des États⁵⁵;

d) Les réponses des États au questionnaire établi par le Rapporteur spécial⁵⁶ et les documents reçus des organisations internationales⁵⁷.

36. Il s'agit, au demeurant, d'un schéma purement provisoire, destiné à donner aux membres de la Commission une vue globale des intentions actuelles du Rapporteur spécial, au sujet desquelles il serait heureux de recueillir leurs réactions et leurs suggestions.

b) Schéma général provisoire de l'étude

37. PLAN PROVISOIRE DE L'ÉTUDE⁵⁸

I. UNITÉ OU DIVERSITÉ DU RÉGIME JURIDIQUE DES RÉSERVES AUX TRAITÉS MULTILATÉRAUX (LES RÉSERVES AUX TRAITÉS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME)

⁵³ Voir *supra* par. 19 à 22.

⁵⁴ Voir *supra* par. 9 et les références données dans la note 13.

⁵⁵ Voir *supra* par. 1 et 9 à 17.

⁵⁶ Voir *supra* par. 6.

⁵⁷ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, par. 92, note 127, p. 154.

⁵⁸ Sont mentionnés entre parenthèses à la suite de chaque rubrique les articles pertinents des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 (l'absence de mention signifie que le problème n'est pas abordé dans ces conventions) et les questions formulées aux paragraphes 124, 148 et 149 du premier rapport du Rapporteur spécial (voir *supra* note 2, p. 159 et 163 et 164.).

A. L'unité des règles applicables aux traités multilatéraux généraux (par. 148 k)

1. Le régime juridique des réserves est généralement applicable
2. Le régime juridique des réserves est généralement appliqué

B. Les mécanismes de contrôle (par. 124 g, 148 m et n)

1. L'appréciation de la licéité des réserves par les mécanismes de contrôle
2. Les conséquences de la constatation de l'illicéité d'une réserve

II. DÉFINITION DES RÉSERVES

1. La définition positive (1969 et 1986 : art. 2.1 d; 1978 : art. 1 j)
2. Distinction des réserves et des autres procédés destinés à moduler l'application des traités (par. 149)
3. Distinction des réserves et des déclarations interprétatives (par. 148 c)
4. Le régime juridique des déclarations interprétatives (par. 148 d, e et f)
5. Les réserves aux traités bilatéraux (par. 148a et b)

III. FORMULATION ET RETRAIT DES RÉSERVES, DES ACCEPTATIONS ET DES OBJECTIONS⁵⁹

A. Formulation et retrait des réserves

1. Moments où la formulation d'une réserve peut intervenir (1969 et 1986 : art. 19, chapeau)
2. Procédure de formulation (1969 et 1986 : art. 23.1 et 4)
3. Retrait (1969 et 1986 : art. 22.1 et 3a et 23.4)

B. Formulation des acceptations aux réserves

1. Procédure de formulation de l'acceptation (1969 et 1986 : art. 23.1 et 3)
2. Acceptation implicite (1969 et 1986 : art. 20.1 et 5)
3. Les obligations d'acceptation expresse (1969 et 1986 : art. 20.1, 2 et 3) [par. 124 b et 148 l]

C. Formulation et retrait des objections aux réserves

1. Procédure de formulation de l'objection (1969 et 1986 : art. 23.1 et 3)
2. Retrait de l'objection (1969 et 1986 : art. 22.2 et 3 b et 23.4)

IV. EFFETS DES RÉSERVES, DES ACCEPTATIONS ET DES OBJECTIONS

Admissibilité ou opposabilité ? Position du problème

A. L'interdiction de certaines réserves

1. Difficultés liées à l'application des clauses de réserves (1969 et 1986 : art. 19 a et b)
2. Difficultés liées à la détermination de l'objet et du but du traité (1969 et 1986 : art. 19 c)

⁵⁹ Dans la mesure où le rôle des dépositaires semble, dans le système dominant, devoir être exclusivement « mécanique », ce chapitre sera probablement le lieu privilégié, quoique probablement non exclusif, pour l'évoquer.

3. Difficultés liées à la nature coutumière de la règle sur laquelle porte la réserve (par. 148 *o, p* et *q*)

B. Les effets des réserves, des acceptations et des objections en cas de réserve conforme aux dispositions de l'article 19 des Conventions de 1969 et 1986

1. Dans les relations de l'État ou de l'organisation internationale réservataire avec une partie ayant accepté la réserve (1969 et 1986 : art. 20.4 *a* et *c* et 21.1) [par. 124 *o*]
2. Dans les relations de l'État ou de l'organisation réservataire avec une partie objectante⁶⁰ (1969 et 1986 : art. 20.4 *b* et 21.3) [par. 124 *h, i, j, l, m* et *n*]

C. Les effets des réserves, des acceptations et des objections en cas de réserve non conforme aux dispositions de l'article 19 des Conventions de 1969 et 1986

1. Dans les relations de l'État ou de l'organisation internationale réservataire avec une partie ayant accepté la réserve⁶¹ (1969 et 1986 : art. 20.4 *a* et *c* et 21.1) [par. 124 *e* et *f*]
2. Dans les relations de l'État ou de l'organisation réservataire avec une partie objectante⁶² (1969 et 1986 : art. 20.4 *b* et 21.3) [par. 124 *k* et *l*]
3. Une réserve non conforme aux dispositions de l'article 19 doit-elle être réputée nulle indépendamment de toute objection ? (par. 124 *c* et *d*)

D. Les effets des réserves dans les relations entre les autres parties contractantes

1. Sur l'entrée en vigueur du traité (par. 148 *g*)
2. Dans les relations des autres parties *inter se* (1969 et 1986 : art. 21.2)

V. SORT DES RÉSERVES, DES ACCEPTATIONS ET DES OBJECTIONS EN CAS DE SUCCESSION D'ÉTATS

Portée de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978 limitée aux États nouvellement indépendants

A. Dans le cas des États nouvellement indépendants

1. Maintien sélectif des réserves (1978 : art. 20.1)
2. Sort des acceptations des réserves de l'État prédécesseur en cas de maintien des réserves (par. 148 *i*)
3. Sort des objections aux réserves de l'État prédécesseur en cas de maintien des réserves (par. 148 *j*)
4. Possibilité pour un État nouvellement indépendant de formuler de nouvelles réserves et ses conséquences (1978 : art. 20.2 et 3) [par. 148 *i*]
5. Sort des objections et des acceptations de l'État prédécesseur au sujet de réserves formulées par des États tiers

B. Dans les autres hypothèses de succession d'États (par. 148 *i* et *j*)

1. En cas de succession concernant une partie du territoire de l'État

2. En cas d'unification ou de séparation d'États (par. 148 *h*)

3. En cas de dissolution d'États

VI. LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS LIÉS AU RÉGIME DES RÉSERVES

1. Le silence des Conventions de Vienne et ses conséquences négatives (par. 124 *g*)
2. Opportunité de mécanismes de règlement des différends : clauses types ou protocole additionnel

c) Commentaire sommaire du schéma proposé

i) Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités

38. Il s'agit ici de savoir si le régime juridique des réserves, tel qu'il est fixé par la Convention de Vienne de 1969, est applicable à tous les traités, quel que soit leur objet. La question aurait pu être posée au cas par cas, à propos de chacune de ces règles. Toutefois, trois raisons plaident en faveur d'une étude distincte et liminaire :

a) En premier lieu, les données du problème sont, en partie au moins, les mêmes quelles que soient les dispositions en cause;

b) En deuxième lieu, son examen peut être l'occasion de s'interroger sur certaines données de base du régime des réserves de caractère général, ce qu'il est préférable de faire *in limine*;

c) Enfin, cette question est au cœur de controverses très actuelles en ce qui concerne surtout les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme, ce qui justifie que l'accent soit mis sur l'examen des problèmes particuliers les concernant.

Du reste, il s'agit là de l'une des principales difficultés sur lesquelles ont insisté tant les membres de la CDI lors de sa quarante-septième session que les représentants des États à la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale⁶³.

ii) Définition des réserves

39. Il en va de même en ce qui concerne la définition des réserves, question qui a constamment été liée, durant les discussions, à la différence entre réserves et déclarations interprétatives et au régime juridique de ces dernières⁶⁴. Il paraît en outre utile de lier l'étude de cette question à celle d'autres procédés qui, tout en n'étant pas des réserves, ont, comme elles, pour objet et pour effet de permettre aux États de moduler les obligations résultant d'un traité auquel ils sont parties; il s'agit là d'alternatives aux réserves et le recours à de tels procédés peut probablement permettre, dans des cas particuliers, de surmonter certains problèmes liés aux réserves.

40. Par commodité, le Rapporteur spécial envisage également d'évoquer les réserves aux traités bilatéraux avec la définition même des réserves : la question préa-

⁶⁰ Y compris la question de la licéité d'une objection dans cette hypothèse.

⁶¹ Y compris la question de la licéité d'une acceptation dans cette hypothèse.

⁶² Y compris la question de la nécessité d'une objection dans cette hypothèse.

⁶³ Voir *supra* par. 10 à 16 et notes 21 et 24.

⁶⁴ *Ibid.* et notes 16 et 25.

lable que posent les réserves aux traités bilatéraux est en effet de savoir s'il s'agit de véritables réserves, dont la définition précise est donc une condition nécessaire à son examen. En outre, bien que l'on eût pu songer traiter de la question à propos de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves, il semble, à première vue, qu'elle relève d'une problématique différente.

iii) *Formulation et retrait des réserves, des acceptations et des objections*

41. À l'exception de quelques problèmes liés à l'application des paragraphes 2 et 3 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986⁶⁵, ce chapitre ne paraît pas, *prima facie*, porter sur des questions sources de graves difficultés. Il n'en est pas moins nécessaire de l'inclure dans l'étude : il s'agit là de questions pratiques qui se posent constamment et l'on ne saurait guère concevoir un « guide de la pratique » qui ne contiendrait pas de développements à cet égard⁶⁶.

iv) *Effets des réserves, des acceptations et des objections*

42. Il s'agit là, sans aucun doute, de l'aspect le plus difficile de l'étude; les membres de la Commission et les représentants des États au sein de la Sixième Commission en sont tombés d'accord⁶⁷. C'est aussi celui sur lequel des courants doctrinaux apparemment irréciliables se sont le plus nettement opposés⁶⁸.

43. Nul ne conteste que certaines réserves sont interdites; et ceci découle du reste de la manière la plus claire des dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Toutefois, leur mise en œuvre ne va pas sans poser problème. Ce sont ces difficultés qui devront être évoquées à la section IV.A (voir *supra* par. 37).

44. Les controverses surgissent réellement en ce qui concerne les effets des réserves, de leur acceptation et des objections qui y sont faites, ainsi que les circonstances dans lesquelles acceptations ou objections sont soit licites (ou illicites), soit nécessaires (ou superflues). Tel est le cœur de l'opposition entre les écoles de l'« admissibilité » ou de la « permissibilité », d'une part, et de l'« opposabilité », d'autre part⁶⁹. De l'avis du Rapporteur spécial, il est certainement prématuré de prendre position à ce stade et il n'est pas impossible que la Commission puisse proposer des directives concrètes susceptibles de guider utilement la pratique des États et des organisations internationales sans avoir besoin de trancher entre ces thèses doctrinales opposées. Il est possible aussi qu'elle soit conduite à emprunter à l'une et à l'autre en vue d'arriver à des solutions pratiques satisfaisantes et équilibrées.

⁶⁵ Définition exacte des traités multilatéraux restreints et lacunes du régime applicable aux réserves aux actes constitutifs des organisations internationales en particulier.

⁶⁶ Voir *supra* par. 15.

⁶⁷ Voir *supra* par. 10 à 16 et note 18.

⁶⁸ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, par. 97 à 108 et 115 à 123, p. 155 et suiv.

⁶⁹ *Ibid.*

45. Telle est la raison pour laquelle le schéma général reproduit ci-dessus⁷⁰ se garde de prendre position fût-ce implicitement sur les questions théoriques qui divisent la doctrine⁷¹. Partant de l'idée qu'il y a, sans aucun doute, des réserves licites et des réserves illicites⁷², le Rapporteur spécial a pensé que la méthode la plus « neutre » et objective consistait à s'interroger en deux temps sur les effets des réserves, des acceptations et des objections lorsque la réserve est licite d'une part (par. 37, sect. IV.B) et lorsqu'elle est illicite d'autre part (sect. IV.C), étant entendu qu'il convient d'étudier séparément deux problèmes particuliers qui, *prima facie*, se posent dans les mêmes termes, que la réserve soit ou non licite, et qui concernent l'effet d'une réserve dans les relations des autres parties entre elles (sect. IV.D).

v) *Sort des réserves, des acceptations et des objections en cas de succession d'États*

46. Comme cela ressort du premier rapport⁷³ et de certaines interventions lors des débats de la Commission en 1995⁷⁴, la Convention de Vienne de 1978 a laissé subsister de nombreuses lacunes et interrogations relatives à ce problème que son article 20 n'envisage qu'en ce qui concerne le cas des États nouvellement indépendants et sans aborder la question du sort des acceptations et des réserves de l'État prédécesseur et des objections qui leur avaient été faites ou des acceptations et des objections formulées par l'État prédécesseur à des réserves faites par des États tiers à un traité auquel l'État successeur établit sa qualité de partie.

vi) *Le règlement des différends liés au régime des réserves*

47. Il n'est pas dans les habitudes de la Commission d'assortir les projets d'articles qu'elle élabore de clauses relatives au règlement des différends⁷⁵. Le Rapporteur spécial considère qu'il n'y a pas de raison a priori de se départir de cette pratique dans la grande majorité des cas : à son avis, la discussion d'un régime de règlement des différends détourne l'attention du sujet en examen à proprement parler, suscite des controverses inutiles et nuit à l'achèvement des travaux de la Commission dans des délais raisonnables. Il lui semble que, si les États en ressentent le besoin, la Commission serait mieux inspirée d'entreprendre la rédaction de projets d'articles de portée

⁷⁰ Par. 37, sect. IV.

⁷¹ Mais il faut répéter que, pour « théoriques » qu'elles soient, ces questions ont des incidences pratiques très importantes.

⁷² Voir *supra* par. 37, sect. IV.A du schéma général, et par. 43.

⁷³ *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470, par. 62 à 71, p. 148 à 150.

⁷⁴ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 458 à 460, p. 111.

⁷⁵ L'exception est constituée par le projet d'articles sur la responsabilité des États : en 1975, il a été prévu que la Commission pourrait décider d'y ajouter une troisième partie sur la question du règlement des différends et de la mise en œuvre de la responsabilité (Annuaire... 1975, vol. II, doc. A/10010/Rev.1, par. 38 à 51, p. 55 à 59); depuis 1985, « la Commission est partie de l'hypothèse que le projet d'articles comprendrait une troisième partie, consacrée au règlement des différends et à la mise en œuvre de la responsabilité internationale » (Annuaire... 1995, vol. II [2^e partie], par. 233, p. 45); elle a adopté le texte de cette troisième partie en première lecture en 1995 (*ibid.*, par. 364, p. 67).

générale qui seraient susceptibles d'être adjoints, sous forme, par exemple, de protocole facultatif, à l'ensemble des conventions de codification.

48. Toutefois, le problème se pose peut-être de manière un peu particulière en ce qui concerne le sujet des réserves aux traités.

49. Comme l'ont fait remarquer certains membres de la Commission durant le débat consacré au sujet durant la quarante-septième session, il existe certes des mécanismes de règlement pacifique des différends mais ils n'ont guère, ou pas, été utilisés jusqu'à présent pour surmonter les divergences de vues entre les États au sujet des réserves, notamment en ce qui concerne leur compatibilité avec l'objet et le but du traité⁷⁶. Au surplus, lorsque de tels mécanismes existent, comme c'est souvent le cas s'agissant des traités relatifs aux droits de l'homme, la question se pose avec acuité de savoir quelles sont l'étendue et les limites de leurs pouvoirs en matière de réserves⁷⁷.

50. Dans ces conditions, il peut être utile de réfléchir à l'institution de mécanismes de règlement des différends dans ce domaine précis, étant entendu que, dans l'esprit du Rapporteur spécial, ces mécanismes pourraient être prévus soit dans des clauses types que les États pourraient insérer dans les traités qu'ils concluraient à l'avenir, soit dans un protocole additionnel de signature facultative qui pourrait être ajouté à la Convention de Vienne de 1969.

Conclusion

51. Il est très clair que le schéma provisoire de l'étude proposé ci-dessus ne saurait présenter un caractère intangible : il doit pouvoir être adapté, complété et révisé à mesure de l'avancement des travaux qui, de toute évidence, feront apparaître des difficultés nouvelles ou, au

contraire, révéleront le caractère artificiel de certains des problèmes envisagés.

52. Il va également de soi qu'il constitue une simple proposition du Rapporteur spécial, qui accueillera avec reconnaissance toute suggestion susceptible de le rendre plus clair ou plus complet. Celui-ci lance cependant un appel aux membres de la Commission pour que, en faisant critiques et suggestions, ils gardent à l'esprit les exigences auxquelles un tel schéma doit répondre pour remplir pleinement ses fonctions⁷⁸.

53. Il doit, en particulier, permettre aux membres de la Commission et aux représentants des États à la Sixième Commission, d'une part, de s'assurer que les préoccupations qu'ils ont exposées lors de la « phase préliminaire » sont effectivement prises en compte et, d'autre part, à l'avenir, de se rendre compte assez précisément de l'état d'avancement des travaux à mesure que ceux-ci progresseront. Il a vocation à être, en quelque sorte, la « boussole » qui permettra au Rapporteur spécial de progresser, sous le contrôle de la Commission, dans la mission difficile qui lui a été confiée. Il devrait également constituer la trame du guide de la pratique que la Commission s'est donné pour tâche d'élaborer.

54. Le Rapporteur spécial estime que, sous réserve de difficultés imprévues, cette tâche peut et devrait être menée à bien dans un délai de quatre ans. Si l'on se réfère au schéma ci-dessus et en tenant compte du fait que le second chapitre du présent rapport porte sur la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves (chap. I^{er} du schéma provisoire de l'étude) :

a) Les chapitres II et III (Définition des réserves et Formulation et retrait des réserves, des acceptations et des objections) pourraient être présentés à la Commission lors de sa quarante-neuvième session;

b) Le très important et difficile chapitre IV (Effets des réserves, des acceptations et des objections) pourrait être traité l'année suivante;

c) La première lecture du guide de la pratique en matière de réserves aux traités pourrait être achevée en 1999 avec l'examen des chapitres V (Sort des réserves, des acceptations et des objections en cas de succession d'États) et VI (Le règlement des différends liés au régime des réserves), étant bien entendu que, comme le schéma général lui-même, ces indications n'ont et ne peuvent avoir qu'un caractère purement prévisionnel.

⁷⁶ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 455, p. 110 et 111.

⁷⁷ Il en résulte que la position selon laquelle l'existence de dispositions prévoyant un mécanisme de règlement des différends rend superflue l'insertion d'une clause de réserves est pour le moins discutable; voir sur ce point Imbert (*op. cit.*), qui donne l'exemple de la déclaration du représentant de la Grèce, M. Eustathiadès, à la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales, et selon laquelle l'adoption d'un protocole sur le règlement des litiges présenterait l'avantage d'« éviter d'aborder le problème délicat des réserves » (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.75.V.11], par. 50, p. 307).

⁷⁸ Voir *supra* par. 34.

CHAPITRE II

Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités ? (les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme)

55. Le présent chapitre correspond au chapitre premier du schéma général à la section I provisoire proposé dans le chapitre premier⁷⁹. 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 Vienne 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.

1. 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 session⁸⁰. 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 toutes dernières années, se considèrent en droit d'apprécier la licéité des réserves formulées par les États 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 européenne 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'État défendeur, et en ont tiré la double conséquence, d'une part que l'État en cause ne pouvait invoquer la réserve illicite devant elles, et d'autre part qu'il n'en demeurerait pas moins lié par sa ratification de la Convention européenne des

⁷⁹ *Supra* par. 37.

⁸⁰ Voir *supra* par. 10 et 12 et notes 19 et 22.

⁸¹ Voir les affaires *Temeltasch c. Suisse* (Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 31, Strasbourg, avril 1983, requête n° 9116/80, p. 120); *Belilos* (Cour européenne des droits de l'homme, *Séries A : Arrêts et décisions*, vol. 132, *arrêt du 29 avril 1988*, Greffe de la Cour, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988, p. 24); *Chrysostomos et al.* (Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 68, Strasbourg, 1993, requêtes n°s 15299/89, 15300/89 et 15318/89, p. 253 à 289); *F. et M. L. c. Autriche* (Conseil de l'Europe, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, requête n° 17588/90, vol. 37, La Haye, Londres, Boston, Kluwer Law International, 1994, p. 137); *Gradinger c. Autriche* (Cour européenne des droits de l'homme, *Séries A : Arrêts et décisions*, vol. 328, *arrêt du 23 octobre 1995*, Greffe de la Cour, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996); *Loizidou c. Turquie (Exceptions préliminaires)* (ibid., vol. 310, *arrêt du 23 mars 1995*, Greffe de la Cour, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995); et

droits de l'homme⁸¹. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a adopté une position similaire⁸².

59. Les organes de contrôle institués par des instruments relatifs aux droits de l'homme conclus sous les auspices des Nations Unies, traditionnellement prudents en la matière⁸³, s'en sont trouvés encouragés à plus de hardiesse :

a) Les présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux 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 appellent l'attention des États sur l'incompatibilité de certaines d'entre elles avec le droit applicable en matière de réserves⁸⁴;

b) 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 États parties qui ont fait des réserves en rendent compte⁸⁵ 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 », demande tendant à prier le Secrétaire général :

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 États 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 œuvre de la Convention;⁸⁶

Fischer c. Autriche (ibid., vol. 312, *arrêt du 26 avril 1995*, Greffe de la Cour, Strasbourg, 1995). Ces décisions font l'objet d'analyses plus précises à la section C du présent chapitre.

⁸² *The effect of the reservations on the entry into force of the American Convention on Human Rights*, avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Séries A : Judgements and Opinions*, n° 2; et *Restrictions to the Death Penalty (arts. 4(2) and 4(4) of the American Convention on Human Rights)*, avis consultatif OC-3/83 du 8 septembre 1983, ibid., n° 3.

⁸³ Voir *infra* par. 165 à 176.

⁸⁴ Voir 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, annexe, par. 36 et 60 à 65, et A/49/537, annexe, par. 30).

⁸⁵ Voir quinzisième session du Comité, 15 janvier-2 février 1996, « Directives relatives à la forme et au contenu des rapports initiaux des États parties » (CEDAW/C/7/Rev. 2), par. 9.

⁸⁶ Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes [*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 38 (A/48/38)*, chap. 1^{er}, par. 3 et 5].

c) 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 international relatif aux droits civils et politiques ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant 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 Pacte⁸⁷.

60. Ces prises de position ont suscité certaines inquiétudes parmi les États et de vives critiques de la part de certains d'entre eux⁸⁸. 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'Europe⁸⁹.

61. Il n'est, dès lors, certainement pas superflu pour la CDI 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 créés en vertu des instruments internationaux relatifs aux 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 international⁹⁰ 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 États et les organes créés en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme tournent autour de l'applicabilité des règles relatives aux réserves codifiées par la Conven-

tion de Vienne de 1969 à l'élaboration de laquelle la Commission a pris une part si déterminante; d'autre part, conformément à son statut, la CDI a pour but de promouvoir le « développement progressif du droit international et sa codification »⁹¹, 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 suffisamment développé dans la pratique des États »⁹². 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 exprimés, le Rapporteur spécial considère que la Commission pourrait faire œuvre 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 que l'Assemblée générale pourrait porter à l'attention des États et des organes créés en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Un projet de résolution à cette fin figure dans la conclusion du présent chapitre (par. 260).

2. OBJET ET PLAN DU CHAPITRE

64. Cependant, puisque la fonction de la CDI 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 instruments internationaux relatifs aux 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 1986⁹³, 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

⁸⁷ Rapport du Comité des droits de l'homme [Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), vol. I, annexe V].

⁸⁸ Voir en particulier les commentaires, extrêmement critiques, de l'observation générale n° 24 par les États-Unis, le Royaume-Uni (ibid., annexe VI) et la France [ibid., cinquante et unième session, Supplément n° 40 (A/51/40), vol. I, annexe VI].

⁸⁹ Voir, notamment, Conseil de l'Europe, *Textes adoptés par l'Assemblée, quarante-quatrième session ordinaire* (Strasbourg, 1993), recommandation 1223 (1993) relative aux réserves formulées par des États membres aux conventions du Conseil de l'Europe, adoptée par l'Assemblée le 1^{er} octobre 1993, et *Documents de séance, session de 1994*, vol. III, réponse intérimaire à la recommandation 1223 (1993), adoptée par le Comité des ministres le 17 février 1994 (doc. 7031), ou les travaux du Comité ad hoc des Conseillers juridiques sur le droit international public à sa 9^e réunion du 21 et 22 mars 1995 [doc. CAHDI (95) 5 du 18 avril 1995 et rectificatif du 14 juin 1995], par. 23 à 34]. À l'issue de cette réunion, il a été décidé que « le Secrétariat [du Conseil de l'Europe] transmettra [le document de travail autrichien – CAHDI (95)], ainsi qu'un exemplaire du rapport de la réunion au Rapporteur spécial de la CDI, et fera part à cette occasion de l'intérêt profond du Comité pour le problème et sa volonté de contribuer à l'étude » (ibid., par. 34).

⁹⁰ 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 international relatif aux droits civils et politiques lui-même; voir la remarque de 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 [1366^e séance du Comité (CCPR/C/SR.1366), par. 58].

⁹¹ Art. 1^{er}, par. 1.

⁹² Art. 15.

⁹³ Il paraît sage de laisser de côté, à ce stade, les problèmes posés par l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978 : 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 (voir *supra* note 21), 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. Cela 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 la CIJ sur les exceptions préliminaires déposées par la Yougoslavie 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.

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 dispositions de la Convention de Vienne de 1969, confirmées en 1986, la pratique s'est consolidée en normes coutumières⁹⁴. De toute manière, nonobstant les nuances dont on peut assortir une telle opinion⁹⁵, le souci exprimé tant par les membres de la CDI qu'au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale de préserver les acquis des Conventions de Vienne existantes⁹⁶ rend la question assez vaine : c'est par rapport aux normes énoncées par lesdites Conventions 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 ?⁹⁷ Si l'on met à part les traités auxquels les Conventions de Vienne 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 (sect. A).

67. Dans cette optique (mais avec, à l'arrière-plan, toujours le problème spécifique des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme), on a fait remarquer que la question générale débouchait sur une autre, plus spécifique : « 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 ? »⁹⁸ Si l'on pose le problème ainsi, « on parle en réalité de deux sortes de règles – substantielles et procédurales »⁹⁹.

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. Toutefois, on peut aussi estimer que le problème de l'étendue de ces pouvoirs se pose de toute manière, 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 (sect. B) de celui – procédural – de la mise en œuvre de ces règles, et en particulier des pouvoirs des organes de contrôle lorsqu'il en existe (sect. C).

A. – Diversité des traités et régime juridique des réserves

1. RESTRICTION DE L'ÉTUDE AUX TRAITÉS NORMATIFS

70. Deux considérations en sens inverse 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 :

- a) des traités restreints,
- b) des actes constitutifs des organisations internationales, et
- c) 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 « unité/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. Pour dire les choses autrement, la problématique de l'unité est une par hypothèse, mais, tout aussi nécessairement, celle de la diversité est plurielle¹⁰⁰. 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 1986 elles-mêmes, l'objet d'un traitement à part qui se traduit par des règles spécifiques¹⁰¹. En ce qui concerne les réserves aux

⁹⁴ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 153 à 157, p. 164 et 165.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 158 à 162, p. 165 et 166.

⁹⁶ Voir *supra* par. 2 à 4 et 18 à 20.

⁹⁷ Le problème a été posé à peu près exactement en ces termes en ce qui concerne les réserves aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme : « La question de base que posent les traités relatifs aux 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 » (Coccia, "Reservations to multilateral treaties on human rights", p. 16).

⁹⁸ Redgwell, "Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties", p. 279.

⁹⁹ Higgins, "Introduction", *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out: Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, p. xx.

¹⁰⁰ Voir les réflexions voisines de M. de Saram lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2404^e séance, p. 176 à 178).

traités bilatéraux, elles posent des problèmes tout à fait particuliers qui tiennent à la définition même de la notion de réserves¹⁰², et il y aura probablement avantage à les envisager dans le chapitre consacré à cette définition¹⁰³.

73. Les traités de codification soulèvent des questions plus difficiles. On a parfois considéré que les réserves à ces traités posaient des problèmes spécifiques¹⁰⁴. Quoique d'usage courant¹⁰⁵, 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)¹⁰⁶; 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'homme¹⁰⁷). Il est donc fort douteux que la catégorie soit « opérationnelle » en tant que telle aux fins du présent chapitre¹⁰⁸.

74. Il n'est, par contre, pas contestable que la question se pose de savoir si une réserve à une règle de nature coutumière reprise dans une disposition conventionnelle est licite¹⁰⁹. Conformément au schéma général provisoire figurant dans le chapitre premier ci-dessus¹¹⁰, le Rapporteur spécial se propose de traiter plus complètement de ce problème complexe à un stade ultérieur de l'étude. Cela 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.

3. 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 une large mesure¹¹¹), il convient cependant de s'interroger sur la consistance et l'existence même de cette catégorie de traités.

78. Comme on l'a écrit :

Les conventions multilatérales sont devenues un des moyens les plus couramment employés pour établir des règles de conduite pour l'ensemble des États, non seulement dans leurs relations mais aussi au profit des individus. Par ces instruments, les États 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.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'États, qui donne à ces conventions leur caractère juridique particulier.¹¹³

79. On trouve des traités de ce type dans des domaines très divers : juridique (ce sont les « conventions de codification »¹¹⁴ 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 évidence¹¹⁵, 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 part, et droits de l'homme *stricto*

¹⁰¹ Voir art. 20, par. 2 et 3.

¹⁰² Cf. Les doutes sur l'opportunité même d'examiner la question exprimés par MM. Idris, Kabatsi et Yamada lors de la quarante-septième session de la Commission (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2407^e séance, p. 201 à 204).

¹⁰³ Voir *supra* par. 37, sect. II.5, et par. 40.

¹⁰⁴ Voir, par exemple, Téoul, « Remarques sur les réserves aux conventions de codification », et la littérature citée p. 684, notes 9 et 10.

¹⁰⁵ Voir, par exemple, Imbert, *op. cit.*, p. 239 à 249 ou Téoul, *loc. cit.*

¹⁰⁶ Voir *La Commission du droit international et son œuvre*, 4^e éd. (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.88.V.1), p. 14 et 15.

¹⁰⁷ Voir *infra* par. 85 et 86.

¹⁰⁸ 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 » (Reuter, *op. cit.*, p. 24).

¹⁰⁹ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 143 et 144, p. 162 et 163 et l'intervention de M. Lukashuk lors du débat sur ce rapport (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2402^e séance, p. 170 et 171).

¹¹⁰ *Supra* par. 37, sect. IV.A.3.

¹¹¹ Voir *infra* par. 83.

¹¹² Imbert, *op. cit.*, p. 435 et 436; voir aussi l'abondante bibliographie citée par cet auteur, notamment aux notes 92 et 95.

¹¹³ Fitzmaurice, « Reservations to multilateral conventions », p. 15.

¹¹⁴ Voir *supra* par. 73.

¹¹⁵ Voir *infra* par. 84 et 148 à 152.

sensu, d'autre part : les considérations qui valent pour ceux-ci valent tout autant pour celui-là¹¹⁶.

81. Il reste que, même en ayant une conception large, la classification d'un traité comme « relatif aux droits de l'homme » (au désarmement ou à la protection de l'environnement) est loin d'être toujours évidente¹¹⁷ : 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 [des droits de l'homme], 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.¹¹⁸

Ces deux sous-catégories de « traités relatifs aux 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 réserves¹¹⁹.

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 non¹²⁰), leur nature (coutumière ou non¹²¹), ou leur consistance (« normative » ou contractuelle). Tous ces aspects ont une incidence sur la question en examen¹²², 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, leur particularité essentielle est qu'ils n'ont pas pour objet de réaliser un équilibre entre les droits et avantages que se reconnaissent mutuellement les États 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 CIJ à propos de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide :

¹¹⁶ Pour une présentation et une justification de la distinction, voir Vasak, « Le droit international des droits de l'homme », *Recueil des cours... 1974-IV*, p. 350 et suiv.

¹¹⁷ Voir, en ce sens, Redgwell, *loc. cit.*, p. 280.

¹¹⁸ Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 99.

¹¹⁹ Voir, en ce sens, McBride, « Reservations and the capacity to implement human rights treaties », *Human Rights as General Norms...* (*supra* note 99), ou Schabas, « Reservations to human rights treaties: time for innovation and reform », p. 48.

¹²⁰ Voir sur ce point la position nuancée prise par le Comité des droits de l'homme dans l'observation générale n° 24 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, par. 10, p. 124], et le commentaire de McBride, *loc. cit.*, p. 163 et 164; voir aussi Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 105 et 106.

¹²¹ Voir *supra* par. 73 et 74.

¹²² Voir *infra* par. 90 à 98.

Dans une telle convention, les États 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 États, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges.¹²³

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*)¹²⁴; de même, le mécanisme des requêtes interétatiques institué par les articles 24 de la Convention européenne des droits de l'homme¹²⁵ ou 45 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme se fonde sur la réciprocité; et même de la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide, on a pu dire qu'elle

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.¹²⁶

86. Ici encore, le problème ne paraît donc pas très bien posé, s'il l'est, en ce qui concerne les « traités relatifs aux droits de l'homme »; seules font question les « clauses relatives aux 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 relatifs aux 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.

¹²³ Avis consultatif mentionné *supra* note 47, p. 23; voir aussi *infra* par. 148 à 152.

¹²⁴ Voir, sur ce point, Imbert, *op. cit.*, p. 256 et 257.

¹²⁵ Voir Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 115.

¹²⁶ Exposé de M. Shabtai Rosenne, au nom du Gouvernement d'Israël, lors de l'examen de la requête pour avis consultatif 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, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, p. 356); voir aussi Scovazzi, *Esercizioni di diritto internazionale*, p. 69 à 71. De même, dans un memorandum 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*, 8^e année, n° 7, juillet 1927, annexe 967a, p. 883).

88. Certes, cette constatation ne saurait dispenser de se demander si, au sein de cette catégorie – si elle a véritablement valeur juridique –, il existe des sous-catégories posant des problèmes spécifiques en matière de réserves et si, en particulier, tel serait le cas des traités relatifs aux 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 relatifs aux droits de l'homme – pour les raisons expliquées ci-dessus¹²⁷ –, le présent chapitre se placera dans la perspective plus vaste de l'ensemble des traités multilatéraux normatifs.

B. – L'unité des règles de fond applicable 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.

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'États possible et, par conséquent, on accepte les aménagements qui permettront d'obtenir le consentement d'un État. 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 États considérés.¹²⁸

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, et 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 réserves¹²⁹, 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 relatifs aux droits de l'homme :

La question est extrêmement complexe. Au cœur du problème : l'équilibre à trouver entre le rôle légitime des États de protection de leurs intérêts souverains et celui, légitime aussi, des organes institués par le traité de promotion de la garantie effective des droits de l'homme.¹³⁰

¹²⁷ Par. 56 à 63.

¹²⁸ Bastid, *Les traités dans la vie internationale : conclusions et effets*, p. 71 et 72.

¹²⁹ Voir, en ce sens : Halajczuk, « Les conventions multilatérales entre l'universalité et l'intégrité », p. 38 à 50 et 147 à 158; Ruda, *loc. cit.*, p. 212; Gamble Jr., « Reservations to multilateral treaties: a macroscopic view of State practice », p. 372 et 373; Piper, « Reservations to multilateral treaties: the goal of universality », p. 297, 305 et 317; Cook, « Reservations to the Convention on the elimination of All Forms of Discrimination against Women », p. 683, 684 et 686; Blay et Tsamenyi, « Reservations and declarations under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees », p. 557; Nguyen Quoc, Daillier et Pellet, *Droit international public*.

¹³⁰ Higgins, « Introduction », p. xv.

92. La première de ces exigences, celle de l'universalité, pousse à ouvrir très largement le droit des États de formuler des réserves, ce qui, bien évidemment, facilite la participation universelle aux traités « normatifs ». Cela est tout aussi vrai en matière de droits de l'homme :

[...] 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.¹³¹

93. Toutefois, cette liberté des États 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 État peut devenir partie à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en excluant l'application des articles I, II et III, c'est-à-dire des seules dispositions substantielles de la Convention.

94. On peut aussi poser le problème en termes de consentement¹³².

95. Par définition, le droit des traités est consensuel. « Le traité lie les États parce que ceux-ci ont voulu par lui être liés. Le traité est donc un acte juridique, mettant en œuvre des volontés humaines »¹³³. Les États 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 cause¹³⁴. « Aucun État ne peut être lié par des obligations contractuelles qu'il n'estime pas appropriées »¹³⁵.

96. Cela vaut tout autant pour les réserves. « Le fondement demeure : aucun État 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 ».¹³⁶ Comme l'a dit la CIJ : « Il est bien établi qu'un État 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

¹³¹ Coccia, *loc. cit.*, p. 3. L'auteur renvoie à Schachter, Nawaz et Fried, *Toward Wider Acceptance of UN Treaties* (p. 148), et ajoute que cette étude de l'UNITAR montre statistiquement que « 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 ».

¹³² Voir le premier rapport de Lauterpacht sur le droit des traités, dans lequel il explique que le problème du consentement « est une question liée étroitement, quoique indirectement, à celle du fondement intrinsèque des réserves » (*Yearbook... 1953*, vol. II, doc. A/CN.4/63, p. 125).

¹³³ Reuter, *op. cit.*, p. 23.

¹³⁴ Sauf s'ils sont liés par ailleurs; mais c'est un autre problème. Voir aussi en ce sens l'intervention des États-Unis à la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Sixième Commission*, 13^e séance (A/C.6/50/SR.13), par. 53].

¹³⁵ 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 », p. 466. Voir en ce sens, par exemple, *Vapeur Wimbledon, arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1*, p. 25; ou *Statut international du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 139.

¹³⁶ Bishop Jr., « Reservations to treaties », *Recueil des cours... 1961-II*, p. 255.

donné son assentiment »¹³⁷. De même, dans l'arbitrage entre la France et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif à l'affaire des de la *Mer d'Iroise*, le Tribunal a insisté sur le nécessaire respect du « principe du consentement mutuel » dans l'appréciation des effets des réserves¹³⁸.

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'État réservataire et celle des autres États 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 généraux¹³⁹). 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.

2. UN RÉGIME CONÇU POUR ÊTRE D'APPLICATION GÉNÉRALE

99. Dès le tout début de ses travaux sur les réserves, la Commission s'est montrée consciente de la nécessité de réaliser le double équilibre évoqué ci-dessus¹⁴⁰ entre les exigences d'universalité et d'intégrité, d'une part, entre le respect de la volonté exprimée par l'État 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 M. 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 implicite¹⁴¹. Toutefois, dès l'année suivante, en réponse à la

¹³⁷ Avis consultatif mentionné *supra* note 47, 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 » (voir *infra* note 138), 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 » (Imbert, *op. cit.*, p. 69; voir aussi p. 81 et 141 et suiv.).

¹³⁸ *Délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décisions du 30 juin 1977 et du 14 mars 1978 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII [numéro de vente : E/F.80.V.7]), p. 171 et 172.

¹³⁹ Voir *supra* par. 73 et 74 et 85 et 86. Dans la suite du présent rapport, les deux expressions sont utilisées indifféremment.

¹⁴⁰ Par. 97.

¹⁴¹ *Yearbook... 1950*, vol. II, doc. A/CN.4/23, p. 240.

demande d'étude de la question des réserves aux conventions multilatérales formulée par l'Assemblée générale¹⁴², 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'États¹⁴³.

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 États pour qu'ils deviennent parties, il est certainement désirable qu'elle soit acceptée par le plus grand nombre d'États 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.¹⁴⁴

Face à ce dilemme,

[I]a Commission pense que les conventions multilatérales diffèrent à tel point les unes des autres par leur caractère et leur objet que, lorsque les États négociateurs ont omis de faire place, dans le texte d'une convention, à une clause relative à la recevabilité ou à l'effet des réserves, aucune règle unique d'application uniforme ne peut se révéler entièrement satisfaisante.¹⁴⁵

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,¹⁴⁶

étant entendu que cette règle peut toujours être écartée puisque les États et les organisations internationales sont invitées à envisager « l'opportunité d'insérer dans ces conventions » des clauses de réserves¹⁴⁷.

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 sir Hersch Lauterpacht en 1953 et 1954 sont de la même veine à cet égard¹⁴⁸. Toutefois, il est important de relever qu'après une longue pré-

¹⁴² Résolution 478 (V) du 16 novembre 1950; voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 14, p. 139.

¹⁴³ *Yearbook... 1951*, vol. II, doc. A/CN.4/41, par. 11, 12 et 16, p. 3 et 4.

¹⁴⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Supplément n° 9 (A/1858)*, par. 26, p. 7.

¹⁴⁵ Ibid., par. 28.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid., par. 33.

¹⁴⁸ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 23 à 29, p. 141 et 142.

sensation des débats relatifs aux réserves dans le projet¹⁴⁹ de Pacte relatif aux droits de l'homme¹⁵⁰ 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.¹⁵¹

104. L'unique rapport dans lequel sir Gerald Fitzmaurice a abordé la question des réserves est le premier, présenté en 1956¹⁵². Il est intéressant à un double titre en ce qui concerne le problème en examen :

a) 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 États une latitude assez grande à cet égard et doivent permettre de répondre à tous les besoins raisonnables »¹⁵³. Ainsi se trouve affirmée l'idée que la souplesse est gage d'adaptabilité.

b) En outre, Fitzmaurice reprend la distinction esquissée dans un article publié en 1953¹⁵⁴ entre « traités à participation limitée », d'une part, et « traités multilatéraux », d'autre part¹⁵⁵.

105. Cette distinction, reprise en 1962 par sir Humphrey Waldock dans son premier rapport¹⁵⁶ est directement à l'origine des dispositions actuelles des paragraphes 2 et 3 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Ce ne fut cependant pas sans difficultés. Les longues discussions qui se sont engagées sur les propositions du Rapporteur spécial témoignèrent en effet de divergences profondes sur ce point entre les membres de la Commission¹⁵⁷. 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'États »¹⁵⁸. 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'États et ceux qui traitent de questions d'intérêt général.¹⁵⁹

106. La première de ces deux hypothèses a été défendue par certains membres¹⁶⁰; d'autres, plus clairement encore, demandaient expressément que soit réintroduit le critère de l'objet du traité¹⁶¹. Ces vues, vivement contestées par d'autres membres¹⁶², sont cependant restées minoritaires et, 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'États 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'États et pour lesquels l'unanimité est la règle.¹⁶³

107. Ni les États dans leurs commentaires du projet d'articles ni la Commission elle-même ne sont revenus sur ce point par la suite¹⁶⁴; 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'États et pour lesquels l'unanimité est la règle.¹⁶⁵

108. Le problème a refait surface marginalement durant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités suite à un amendement des États-Unis d'Amérique proposant d'introduire le critère de la nature du traité parmi ceux à prendre en considération pour apprécier l'admissibilité d'une réserve¹⁶⁶. Appuyée par quelques États¹⁶⁷ et

¹⁴⁹ Unique à l'époque.

¹⁵⁰ *Yearbook... 1954*, vol. II, doc. A/CN.4/87, commentaire du projet d'article 9, p. 131 à 133.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 133.

¹⁵² Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 30 à 33, p. 142.

¹⁵³ *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/101, par. 92, p. 130.

¹⁵⁴ "Reservations to multilateral conventions", p. 13.

¹⁵⁵ *Annuaire... 1956*, vol. II, par. 97 et 98, p. 130 et 131; à noter cependant que, dans l'article précité (note 154), Fitzmaurice parlait expressément de conventions de la catégorie « normative », alors qu'il n'utilise pas cette expression dans son rapport.

¹⁵⁶ *Annuaire... 1962*, vol. II, doc. A/CN.4/144, projet d'article 17, par. 5, p. 69, et projet d'article 18, par. 3, al. b, p. 70.

¹⁵⁷ Pour une présentation sommaire de ces débats, voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 43 à 45, p. 144.

¹⁵⁸ Voir surtout *Annuaire... 1962*, vol. I, 663^e et 664^e séances, p. 250 à 259.

¹⁵⁹ *Ibid.*, 664^e séance, par. 48, p. 258.

¹⁶⁰ Voir les positions de M. Verdross (*ibid.*, 642^e séance, par. 56, p. 89) ou de sir Humphrey Waldock (663^e séance, par. 91 à 93, p. 253).

¹⁶¹ Voir les positions de MM. Jiménez de Aréchaga (*ibid.*, 652^e séance, p. 164), Yasseen (664^e séance, p. 257) ou Bartoš (664^e séance, p. 258).

¹⁶² Voir surtout la position très ferme de M. Ago (*ibid.*, 664^e séance, p. 258).

¹⁶³ *Annuaire... 1962*, vol. II, doc. A/5209, par. 23, commentaire des projets d'articles 18 à 20 sur le droit des traités, par. 14; voir aussi p. 197 et 200.

¹⁶⁴ Si ce n'est très fugitivement; voir l'intervention de M. Briggs lors des débats de 1965 (*Annuaire... 1965*, vol. I, 798^e séance, par. 83 et suiv., p. 179).

¹⁶⁵ *Annuaire... 1966*, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, p. 225, par. 14. À la quarante-septième session, M. de Saram a attiré l'attention sur cette phrase (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2404^e séance, p. 177); voir aussi la position de M. Sreenivasa Rao (*ibid.*, p. 182) et celle des États-Unis lors du débat à la Sixième Commission [Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Sixième Commission, 13^e séance (A/C.6/50/SR.13), par. 50].

¹⁶⁶ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), rapport de la Commission plénière (A/CONF.39/14), p. 144.

¹⁶⁷ *Ibid.*, Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7) : États-Unis, 21^e et 24^e séances, p. 118 et 141 et 142, Espagne, 21^e séance, p. 119, ou Chine, 23^e séance, p. 131.

combattue par d'autres¹⁶⁸, cette proposition fut renvoyée au Comité de rédaction¹⁶⁹, qui la rejeta¹⁷⁰. De même, la Conférence ne semble pas avoir discuté les vues exprimées par l'OMS, selon laquelle l'article 19 du projet¹⁷¹ 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 »¹⁷².

109. Les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1986 ne font pas apparaître non plus de débats de fond sur cette question. Tout au plus peut-on remarquer qu'après discussion¹⁷³ la CDI 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 États.¹⁷⁴

110. L'alignement du régime des réserves aux traités auxquels les organisations internationales sont parties sur celui applicable aux réserves à des traités purement interétatiques a été encore accentué lors de la Conférence des Nations Unies de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales¹⁷⁵. Ainsi se trouve parachèvement et confirmée l'unité fondamentale du régime des réserves prévu par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986, aux seules exceptions près de certains traités conclus entre un nombre restreint d'États, d'une part, et des actes constitutifs d'organisation internationale, d'autre part¹⁷⁶.

111. L'historique de la rédaction des dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne laisse donc aucun doute : délibérément, et après des débats approfondis, la CDI 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 clairement expliqué en 1962 et en 1966¹⁷⁷, elle a constaté qu'il n'existait aucune raison déterminante de 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 instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme¹⁷⁸ 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 général¹⁷⁹.

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, vu 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 Vienne de 1969 et 1986 en facilite à l'excès la formulation et en amplifie les effets.

113. Cependant, il est 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 et, 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 par contre 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 pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Pour les juges de la majorité :

L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les États qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'États. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs États, 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.¹⁸⁰

Au contraire, pour les juges dissidents,

[i]l 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 États 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 État qui persiste, nonobstant les objections, à vouloir modifier les termes de la convention plutôt que de lui permettre d'en

¹⁶⁸ Ibid. : Ukraine, 22^e séance, p. 125, Pologne, p. 128, Ghana, p. 130, Italie, p. 131; Hongrie, 23^e séance, p. 132; Argentine, 24^e séance, p. 140; ou URSS, 25^e séance, p. 146.

¹⁶⁹ Ibid., 25^e séance, p. 147.

¹⁷⁰ Ibid., *Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.6). Voir la réaction des États-Unis, 11^e séance, p. 37.

¹⁷¹ Devenu l'article 21.

¹⁷² 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].

¹⁷³ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 72 à 85, p. 150 à 152.

¹⁷⁴ *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), commentaire général de la section 2, par. 13, p. 35.

¹⁷⁵ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 87 et 88, p. 152.

¹⁷⁶ Voir *supra* par. 72.

¹⁷⁷ Voir *supra* par. 106 et 107.

¹⁷⁸ En particulier au sujet des pactes relatifs aux droits de l'homme; voir *supra* par. 103 et note 149.

¹⁷⁹ Cf. art. 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, par. 2 et 3.

¹⁸⁰ *Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 24.

devenir partie contre la volonté de l'État ou des États qui en ont accepté toutes les obligations à titre irrévocable et inconditionnel.¹⁸¹

Ces conventions [« multilatérales de caractère spécial »¹⁸²], 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.¹⁸³

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

a) Elle se manifeste, dès l'origine de la controverse, à propos d'un traité relatif aux droits de l'homme par excellence, donc relevant de la sous-catégorie des traités normatifs à propos desquels le débat a rebondi récemment¹⁸⁴;

b) Les deux « camps » partent très exactement des mêmes prémisses (les buts poursuivis par la Convention dans l'intérêt de l'humanité tout entière) pour aboutir à des conclusions radicalement opposées (il faut/il ne faut pas accepter les réserves à la Convention);

c) Tout est dit dès 1951; le dialogue de sourds entamé alors s'est poursuivi pendant 45 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 immuables¹⁸⁵.

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

a) les permettre reviendrait à encourager leur acceptation partielle¹⁸⁶;

b) et une rédaction moins soignée puisque les parties pourront, de toute manière, moduler ensuite leurs obligations¹⁸⁷;

c) l'accumulation des réserves finit par vider ces traités de toute substance à l'égard de l'État réservataire¹⁸⁸

d) et, en tout cas, elle compromet leur fonction quasi législative et l'uniformité de leur application¹⁸⁹.

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

a) [Il y aurait]

une contradiction entre les deux expressions « réserves » et « droits de l'homme ». On conçoit mal qu'un État 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 »;¹⁹⁰

b) [Il serait]

souhaitable, en principe, que les États 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;¹⁹¹

c) Leur ratification assortie de réserves pourrait être pour l'État réservataire l'occasion d'améliorer à peu de frais son « image » internationale sans accepter réellement d'engagements contraignants¹⁹².

119. En sens inverse, on fait valoir que

a) les réserves sont un « mal nécessaire »¹⁹³, 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 »¹⁹⁴;

b) plus positivement, elles seraient « une condition essentielle de cette vie, de ce dynamisme » de la forme conventionnelle¹⁹⁵, favorisant à ce titre le développement du droit international¹⁹⁶

c) en facilitant la conclusion des conventions multilatérales¹⁹⁷, et

d) en permettant à un nombre plus important d'États d'y devenir parties¹⁹⁸;

¹⁹⁰ Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 99; voir aussi Coccia, *loc. cit.*, p. 16; les deux auteurs, qui se font l'écho de cette opinion, ne la reprennent pas à leur compte. Voir en outre la position de M. Robinson lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1995*, 2402^e séance, p. 162 à 170).

¹⁹¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, par. 4, p. 123.

¹⁹² Voir Anand, « Reservations to multilateral conventions », Imbert, *op. cit.*, p. 249, ou Schabas, « Reservations to human rights treaties... », p. 41.

¹⁹³ *Annuaire... 1965*, vol. I, 797^e séance, intervention de M. Ago, p. 166.

¹⁹⁴ *Annuaire... 1975*, vol. II, doc. A/CN.4/285, quatrième rapport sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales par M. Paul Reuter, rapporteur spécial, commentaire général de la section 2, par. 3, p. 39.

¹⁹⁵ Imbert, *op. cit.*, p. 463.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 464.

¹⁹⁷ *C.I.J. Recueil 1951 (supra note 47)*, p. 22. Voir aussi la position de M. Sreenivasa Rao lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2404^e séance, par. 42 à 50, p. 182 et 183).

¹⁹⁸ Voir, par exemple, Lachs, « Le développement et les fonctions des traités multilatéraux », *Recueil des cours... 1957-II*, p. 311. Voir aussi les vues exprimées lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial par MM. Villagrán Kramer (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2403^e séance, p. 174 et 175) et Elaraby : « En un certain sens, les réserves sont le prix à payer pour assurer une plus large participation » (2404^e séance, par. 35, p. 181), et, en matière d'environnement, Stewart, *loc. cit.*, p. 436.

¹⁸¹ *Ibid.*, opinion dissidente commune des juges Guerrero, sir Arnold McNair, Read et Hsu Mo, p. 47.

¹⁸² *Ibid.*, opinion dissidente du juge Alvarez, p. 51.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 53.

¹⁸⁴ Voir *supra* par. 56 à 62.

¹⁸⁵ Sous réserve des aspects plus techniques du débat, voir *infra* par. 126 à 162.

¹⁸⁶ Fitzmaurice, « Reservations to multilateral conventions », p. 17, 19 et 20.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 19.

¹⁸⁸ Schabas, « Reservations to human rights treaties... », p. 41.

¹⁸⁹ Voir, en matière de protection de l'environnement, Stewart, « Enforcement problems in the Endangered Species Convention: reservations regarding the reservation clause », p. 438 et, quoique de manière nuancée, dans le domaine du désarmement, Boniface, *Les sources du désarmement*, p. 68.

e) car, en tout état de cause, mieux vaut une participation partielle que pas de participation du tout¹⁹⁹.

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

a) La possibilité d'émettre des réserves peut encourager les États 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;²⁰⁰

b) Assurément, on pourrait soutenir qu'une marge de flexibilité est plus nécessaire encore pour ce qui est des traités relatifs aux droits de l'homme qui touchent à des domaines auxquels les États sont particulièrement sensibles;²⁰¹

c) Tout particulièrement lorsque le dispositif conventionnel est assorti d'un mécanisme de contrôle qui assure une interprétation dynamique de l'instrument²⁰²;

d) La formulation de réserves serait la preuve que les États prennent au sérieux leurs obligations conventionnelles;

e) La formulation de réserves donne aux États la possibilité de mettre leur droit interne en harmonie avec les exigences de la convention tout en les obligeant à s'acquiescer de l'essentiel des obligations prévues;

f) D'autant plus que la mise en œuvre des traités relatifs aux droits de l'homme prend du temps²⁰³; et

g) Demande plus de moyens, notamment financiers, qu'il n'y paraît²⁰⁴.

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 réserves²⁰⁵ et qu'il y est fait recours même lorsque le traité est conclu dans un cercle restreint d'États²⁰⁶.

¹⁹⁹ C'est ce que sir Gerald Fitzmaurice a appelé, pour la critiquer vigoureusement, "*the half-a-loaf doctrine*" (ou, pour reprendre le dicton français, « faute de grives, on mange des merles ») ["Reservations to multilateral conventions", p. 17] 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 États deviennent parties, même s'ils ne peuvent (ou ne veulent) pas s'acquiescer 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, voir, par exemple, De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, p. 292 et 293 ou Imbert, *op. cit.*, p. 372 et 438.

²⁰⁰ Voir *supra* note 191.

²⁰¹ Redgwell, *loc. cit.*, p. 279; voir aussi Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 30. Giegerich montre combien le « relativisme culturel » est fréquemment invoqué en matière de droits de l'homme ("Reservations to human rights agreements: admissibility, validity, and review powers of treaty bodies. – a constitutional approach"). Voir aussi la position de M. Sreenivasa Rao lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 197).

²⁰² Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme ».

²⁰³ Voir McBride, *loc. cit.* Voir aussi la position de M. Sreenivasa Rao lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 197).

²⁰⁴ Voir McBride, *loc. cit.*

²⁰⁵ Voir *infra* par. 124.

²⁰⁶ Comme le Conseil de l'Europe; voir art. 64 de la Convention européenne des droits de l'homme (Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 119).

Il est également patent que les appels lancés périodiquement au retrait des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme rencontrent un écho limité²⁰⁷, ce qui paraît attester de l'utilité des réserves en la matière.

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 limitée²⁰⁸, ce que conteste la doctrine hostile au recours aux réserves²⁰⁹. Ici encore, tout est affaire d'appréciation et cela 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 de 1969 et 1986 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 le premier alinéa de l'article 19 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'homme²¹⁰ et semblent tout aussi exceptionnelles dans le domaine du désarmement²¹¹.

²⁰⁷ Voir Conseil de l'Europe, *Documents de séance, session de 1994*, vol. III, réponse à la recommandation 1223 (1993) relative aux réserves formulées par des États membres aux conventions du Conseil de l'Europe, doc. 7031; voir aussi Clark, "The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination against Women", p. 288.

²⁰⁸ Voir Coccia, *loc. cit.*, p. 34; Gamble Jr., *loc. cit.*; Imbert, *op. cit.*, p. 347 et suiv., et « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 105; Shelton, "State practice on reservations to human rights treaties", p. 225 à 227; Schmidt, "Reservations to United Nations human rights treaties: the case of the two Covenants"; et Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 77.

²⁰⁹ Schabas, "Reservations to human rights treaties..." p. 42 et 64; voir aussi les préoccupations exprimées par le Comité des droits de l'homme, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et les présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (*supra* par. 59).

²¹⁰ Voir néanmoins, par exemple, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (art. 9), la Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement (art. 9, par. 7), le Protocole n° 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales concernant l'abolition de la peine de mort (art. 4) ou la Convention européenne pour la prévention de la torture ou traitements inhumains ou dégradants (art. 21), qui, tous, interdisent toute réserve à leurs dispositions.

²¹¹ Voir cependant l'article XXII de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction. Les clauses interdisant les réserves semblent plus fréquentes en matière de protection de l'environnement; voir le Protocole au Traité de l'Antarctique concernant la protection de l'environnement (art. 24) ou la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (art. 24) ou la Convention sur la diversité biologique (art. 37), qui, tous, excluent les réserves.

125. Cette rareté des clauses prohibitives s'explique vraisemblablement par l'adaptation du régime de droit commun prévu par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et qui s'applique dans le silence, fréquent²¹², 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 relatifs aux droits de l'homme, frappent au contraire par leur très grande diversité²¹³. Ces indices de l'« acceptabilité » du « régime de Vienne » sont confirmés si l'on confronte les particularités prêtées aux traités relatifs aux 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 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 Vienne 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. À vrai dire, il paraît difficilement contestable que la réponse à cette question doit 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 de 1969 et 1986 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.

128. L'applicabilité générale et uniforme du régime juridique des réserves consacré par les Conventions de Vienne de 1969 et 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.

i) *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 CIJ sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²¹⁴, 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 susmentionnée :

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.²¹⁵

131. « Flexibilité », « souplesse », ce sont les maîtres mots du nouveau régime juridique des réserves qui, progressivement, va se substituer à l'ancien et sera 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 CDI 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 État [...] »²¹⁶. 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 de 1969 et 1986 – sont les plus favorables à l'universalité des traités, tout en ne mettant sérieusement en cause ni l'intégrité du texte conventionnel ni le principe consensuel²¹⁷.

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

a) L'admissibilité des réserves doit être appréciée eu égard à l'objet et au but du traité²¹⁸; 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;

b) La liberté du consentement des autres parties contractantes est intégralement préservée puisque celles-ci peuvent moduler comme elles l'entendent, et à peu près

²¹² Voir *infra* par. 134.

²¹³ Voir, en ce sens, Imbert, *op. cit.*, p. 193 à 196 ou Schabas, «Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?», p. 286.

²¹⁴ C.I.J. Recueil 1951, p. 15.

²¹⁵ Ibid., p. 21 et 22.

²¹⁶ *Annuaire... 1962*, vol. II, doc. A/CN.4/144, p. 72 et 73. Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 36, p. 143.

²¹⁷ *Annuaire... 1962*, vol. II, doc. A/CN.4/144, p. 72 à 74.

²¹⁸ Voir art. 19, al. c, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

sans limites, la portée des réserves en ce qui les concerne par le jeu des acceptations et des objections²¹⁹;

c) « Le droit de “formuler” des réserves institué par les Conventions de Vienne ne présente qu’un caractère supplétif : chaque traité peut limiter cette liberté, et notamment interdire toute réserve ou certaines réserves »²²⁰; 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 utile 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 Vienne 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 États 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 [...]»²²¹

Les règles supplétives deviennent de ce fait le droit commun, délibérément choisi par les parties.²²²

135. Il n’est pas indifférent non plus que cette solution de renvoi implicite – et, parfois, explicite²²³ – ait été retenue par de nombreux traités multilatéraux généraux normatifs, y compris dans le domaine des droits de l’homme. Cela paraît établir que le régime de Vienne est adapté aux caractères particuliers que l’on prête généralement à ces traités.

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

136. Les objections faites au régime « souple », d’origine panaméricaine²²⁴, retenu dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ont été synthétisées avec force et talent par sir Gerald 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 »²²⁵. Ces thèses ont été maintes fois reprises depuis lors et tournent principalement autour de trois arguments : le régime panaméricain ou « de Vienne »²²⁶ ne serait pas adapté à ce type de traités et, en particulier, aux traités relatifs aux droits de l’homme car :

a) Il porterait atteinte à l’intégrité des règles qui y sont énoncées, dont la mise en œuvre uniforme est essentielle pour la communauté des États contractants;

b) Il serait incompatible avec l’absence de réciprocité dans les engagements pris par les parties en vertu de ces instruments; et

c) Il ne préserverait pas l’égalité entre celles-ci.

a. *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’intégrité²²⁷; par définition, une réserve « vise à exclure ou à modifier l’effet juridique de certaines dispositions du traité »²²⁸. Dès lors, le seul moyen de préserver complètement cette intégrité est d’interdire purement et simplement toute réserve; cela, on ne saurait trop le répéter, est parfaitement compatible avec les Conventions de Vienne de 1969 et 1986²²⁹.

138. Il reste que, dans le silence du traité, les règles consacrées par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986, 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’alinéa c de l’article 19 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 restrictive²³⁰. Il peut en résulter 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 »²³¹.

140. Telle est, cependant, la justification qu’a avancée M. C. W. Jenks, représentant du BIT, dans son intervention du 1^{er} avril 1968 devant la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, à l’appui de l’interdiction, traditionnelle, de toute réserve aux conventions internationales du travail²³². Selon lui,

²¹⁹ Voir art. 20, par. 3 à 5, art. 21 et 22. Voir aussi le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 61, p. 148.

²²⁰ Reuter, *op. cit.*; voir aussi *supra* par. 26 et les autres références citées à la note 44.

²²¹ Imbert, *op. cit.*, p. 226 et 227.

²²² *Ibid.*, p. 226.

²²³ Voir *supra* notes 18 et 19.

²²⁴ Cette origine a été soulignée à juste titre par M. Barboza lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2404^e séance, p. 179 et 180).

²²⁵ Fitzmaurice, “Reservations...”, surtout p. 15 à 22.

²²⁶ En réalité, les deux régimes diffèrent quelque peu dans leurs modalités de mise en œuvre; mais leur esprit est identique, si bien qu’ils font l’objet de reproches très similaires.

²²⁷ Comme l’a relevé la CIJ, « [i]l ne semble pas d’ailleurs que la conception de l’absolue intégrité se soit traduite en une règle de droit international » (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 24).

²²⁸ Art. 2, par. 1, al. d des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

²²⁹ Voir *supra* par. 133.

²³⁰ Voir *supra* par. 117.

²³¹ Voir *supra* par. 85.

²³² Sur lesquelles M. Razafindralambo a attiré l’attention lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2402^e séance, p. 166 à 168).

La pratique de l'OIT en ce qui concerne les réserves est fondée sur le principe reconnu à l'article 16²³³ 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.²³⁴

À 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 coutumière, elle-même justifiée davantage par la structure tripartite de l'OIT que par l'objet et le but du traité²³⁵.

141. L'obligation pour l'État réservataire de respecter l'objet et le but du traité 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 »²³⁶. Cette formulation est discutable²³⁷ 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 État 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 »²³⁸.

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 CDI 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

Vienne de 1969) dans son rapport de 1966 : l'interdiction du génocide et de l'esclavage²³⁹. Il reste que ce n'est pas le cas de toutes les règles protectrices des droits de l'homme²⁴⁰ 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 relatifs aux droits de l'homme :

Les traités qui constituent un simple échange d'obligations entre États 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 États.²⁴¹

144. Cela paraît assez discutable *prima facie*.

145. Certes, sous réserve de plus ample analyse²⁴², on peut penser, avec le Comité des droits de l'homme, que des réserves à des normes coutumières ne sont pas a priori exclues : de telles normes obligent les États 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 États peuvent y déroger par accord *inter se*; de plus, il faut tenir compte du phénomène de l'objecteur persistant (« *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 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 »²⁴³. Mais, si ce raisonnement est exact, on voit mal pourquoi il ne vaudrait pas également s'agissant des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme.

²³³ Devenu l'article 19 de la Convention.

²³⁴ Le texte de ce discours a été communiqué au Rapporteur spécial par le Conseiller juridique du BIT. Il est résumé dans les *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), 7^e séance, par. 11, p. 40.

²³⁵ Dans le même exposé, le représentant de l'OIT indiquait d'ailleurs que « [l]es procédures prévues pour les réserves dans le projet d'articles ne peuvent s'appliquer dans le contexte de l'OIT en raison du caractère tripartite de cette organisation » (ibid.). (Aux termes de la Constitution de l'OIT, les représentants des employeurs et des travailleurs jouissent d'un statut égal à ceux des gouvernements.) Voir aussi Société des Nations, *Conférence internationale du travail, troisième session (Genève 1921)*, vol. II (troisième partie : annexes et index), annexe XVIII, Rapport du Directeur à la Conférence, et le mémorandum du Directeur général du BIT en date du 15 juin 1927 (*supra* note 126).

²³⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, par. 8, p. 123.

²³⁷ Voir les doutes exprimés à cet égard par les États-Unis dans leurs observations sur l'observation générale n° 24 (ibid., annexe VI, sect. 2, p. 131 et 132).

²³⁸ Art. 53 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

²³⁹ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 270.

²⁴⁰ En ce sens, voir Coccia, *loc. cit.*, p. 17; McBride, *loc. cit.*; Schabas, "Reservations to human treaties...", p. 49 et 50; mais voir aussi les doutes exprimés par Suy, « Droits des traités et droits de l'homme », p. 935 à 939.

²⁴¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, par. 8, p. 123. Non sans quelque raison, la France, dans ses commentaires, fait valoir que « [l]e paragraphe 8 de l'observation générale n° 24 (52) 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" » (ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 40 (A/51/40)*, vol. I, annexe VI, par. 3, p. 105).

²⁴² Voir *supra* par. 74.

²⁴³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, annexe VI, par. 7, p. 136. (On peut cependant s'interroger sur les motifs réels que peut avoir un État de procéder ainsi.)

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 relatifs aux droits de l'homme ont un caractère législatif, non seulement au sens matériel – ce qui, sous certaines réserves est acceptable²⁴⁴ –, mais aussi au sens formel, ce qui ne l'est pas et relève d'un amalgame fort discutabile.

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 États ont exprimé leur volonté à cette fin. C'est l'expression par l'État 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 des droits de l'homme – que la règle existe et s'impose à l'État, en tout cas au titre du traité, alors qu'il n'y a pas consenti. Si, comme l'écrit le Comité, les États 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 relatifs aux droits de l'homme; en tout cas, le Comité n'en donne pas.

b. *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 relatifs aux droits de l'homme et, plus généralement, des traités normatifs.

149. Comme on l'a écrit récemment :

Par contraste avec la plupart des traités multilatéraux, les accords relatifs aux droits de l'homme n'établissent pas un réseau de relations juridiques bilatérales entre les États parties, mais plutôt un régime objectif en vue de la protection de valeurs qu'ils acceptent tous. La réserve d'un État ne peut dès lors pas avoir pour effet de relever, à titre de réciprocité, un ou tous les autres États parties de leurs obligations conventionnelles.²⁴⁵

150. Ces prémisses sont en grande partie exactes; mais, si elles peuvent peut-être conduire à penser que les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme devraient être prohibées ou admises de manière restrictive²⁴⁶ – 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.

²⁴⁴ Voir *supra* par. 85.

²⁴⁵ Giegerich, *loc. cit.*, English summary, p. 780; voir aussi, notamment : Cassese, "A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)", p. 268; Clark, *loc. cit.*, p. 296; Cook, *loc. cit.*, p. 646.

²⁴⁶ Voir *supra* par. 97 à 105.

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

a) 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;

b) Certes, les traités relatifs aux 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 relatif aux droits de l'homme complexe;

c) 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'homme²⁴⁷.

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 États contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers »²⁴⁸. Ou, selon les termes de la Cour interaméricaine des droits de l'homme :

En concluant ces traités relatifs aux droits de l'homme, les États se soumettent à un ordre juridique au sein duquel ils assument, pour le bien commun, diverses obligations non pas en relation avec d'autres États, mais à l'égard des individus placés sous leur juridiction.²⁴⁹

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 la nature même des clauses « non réciproques » sur lesquelles portent la réserve, « la fonction de réciprocité du mécanisme des réserves perd pratiquement toute sa signification »²⁵⁰.

Il serait tout simplement absurde de conclure des objections faites par divers États 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 international relatif aux droits civils et politiques] à l'égard des États-Unis, et telle n'était sûrement pas leur intention en faisant l'objection.²⁵¹

155. Mais tout ce que l'on peut déduire de cela est que, lorsqu'un État formule une réserve à une disposition d'un traité qui doit s'appliquer sans réciprocité, les dispositions

²⁴⁷ Voir *supra* par. 85.

²⁴⁸ Conseil de l'Europe, décision de la Commission sur la recevabilité de la requête n° 788/60 introduite par le Gouvernement de la République fédérale d'Autriche contre le Gouvernement de la République italienne (11 janvier 1961), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1961, vol. 4, La Haye, Martinus Nijhoff, 1962, p. 117 à 183, notamment par. 30, p. 141.

²⁴⁹ Avis consultatif OC-2/82 (*supra* note 82), par. 29.

²⁵⁰ Higgins, "Human rights: some questions of integrity", p. 12; voir aussi "Introduction", p. xv.

²⁵¹ Schabas, "Reservations to human rights treaties...", p. 65. Dans le même sens, voir Fitzmaurice, "Reservations to multilateral conventions", p. 15 et 16 ou Higgins, "Introduction".

du paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne trouvent pas à s'appliquer; rien de plus. Du reste, il en va 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 réciprocité²⁵². 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 œuvre 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 les parties, afin qu'il soit possible à un État de "répondre" à une réserve »²⁵³.

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'objet²⁵⁴. 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 :

a) Soit 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;

b) Soit la disposition est « normative » ou « objective » et les États 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 du paragraphe 3 de l'article 21 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 de 1969 et 1986 ne trouve pas à s'appliquer dans cette seconde hypothèse :

a) Les limitations mises par l'article 19 à la liberté de formuler des réserves conservent toute leur raison d'être;

b) Conformément à l'alinéa b du paragraphe 4 de l'article 20, il est toujours loisible à un État objectant de refuser que le traité entre en vigueur entre lui-même et l'État réservataire;

c) 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 éventuellement²⁵⁵ que par des mé-

canismes extérieurs de règlement des différends²⁵⁶, voire par des juridictions nationales.

c. Les problèmes relatifs à l'égalité entre les parties

159. De nombreux auteurs lient les prétendus problèmes relatifs à la réciprocité aux atteintes que porterait le régime des réserves institué par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 au principe de l'égalité entre les parties aux traités normatifs. Imbert résume cette thèse ainsi²⁵⁷ :

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 États qui n'ont pas formulé de réserves sont tenus d'observer intégralement le traité, y compris les dispositions à l'application desquelles l'État 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'État objectant sera obligé de remplir toutes ses obligations, même s'il refuse d'être lié avec l'État réservataire.²⁵⁸

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 État qui souhaite formuler une réserve aura tout autant l'assurance que les États qui ne formulent pas de réserves seront tenus de se conformer aux dispositions du traité en raison de leurs obligations envers les autres États²⁵⁹, même s'il demeure lui-même complètement étranger au traité. En participant au traité compte tenu de sa réserve, l'État qui la formule se soumet du moins dans une certaine mesure au régime du traité. La situation de l'État qui ne formule pas de réserve n'est nullement aggravée si l'État qui a formulé une réserve devient partie au traité dans une mesure limitée, du fait de sa réserve.²⁶⁰

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 traité²⁶¹.

p. 116 et 117; voir aussi Clark, *loc. cit.*, p. 318 ou Schabas, "Invalid reservations...", p. 313 et 314.

²⁵⁶ Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie* (*supra* note 81), 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).

²⁵⁷ Dont sir Gerald Fitzmaurice a été l'un des zéloteurs ("Reservations to multilateral conventions", p. 16 ou "The law and procedure of the International Court of Justice, 1951-1954: treaty interpretation and other treaty points", p. 278, 282 et 287).

²⁵⁸ Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 110. La CDI s'est montrée sensible à cet argument dans son rapport de 1951 (*supra* note 48), dans lequel elle a relevé que, par les traités normatifs (de « caractère législatif »), « [c]haque État accepte des restrictions à sa propre liberté d'action, étant entendu que les autres États participants acceptent les mêmes restrictions dans des conditions d'égalité » (par. 22, p. 127 et 128).

²⁵⁹ Et, pourrait-on ajouter, de la nature même du traité.

²⁶⁰ *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 73. La Commission a endossé ce raisonnement (voir ses rapports à l'Assemblée générale de 1962 (*ibid.*, p. 198) et de 1966 (*Annuaire... 1966*, vol. II, p. 224).

²⁶¹ Cassese met, à juste titre, l'accent sur les atteintes à l'égalité qui pourraient résulter de la mise en œuvre de certains mécanismes « collégiaux » de contrôle de la licéité des réserves (*loc. cit.*, p. 301 et 302). Mais il s'agit d'un tout autre problème, qui concerne la rupture éventuelle de l'égalité entre les États réservataires et qui, au demeurant, résulte non du « régime de Vienne » (qui n'est pas collégial), mais, justement, de sa mise à l'écart.

²⁵² Voir, en ce sens, Imbert, *op. cit.*, p. 258 et les exemples assez divers donnés par cet auteur, p. 258 à 260.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Voir *supra* par. 1.

²⁵⁵ Voir, en ce sens, Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme » et les exemples cités

161. Une fois la réserve²⁶² formulée, les articles 19 et suivants des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 garantissent l'égalité des parties contractantes en ce sens que :

a) « La réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties au traité dans leurs rapports *inter se* » (art. 21, par. 2);

b) Ces autres parties peuvent formuler une objection et en tirer les conséquences qu'elles jugent bonnes.

Or, en vertu du paragraphe 4 de l'article 20, l'État objectant peut rétablir l'égalité qu'il estime menacée par la réserve, en empêchant l'entrée en vigueur du traité entre l'État réservataire et lui-même. Les deux États se retrouvent de ce fait dans la situation où ils auraient été si l'État 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 »²⁶³. Aussi, il n'est pas peu paradoxal que les auteurs qui insistent le plus sur le caractère non réciproque des traités normatifs et, en premier lieu, des instruments relatifs aux droits de l'homme soient précisément ceux 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 : le « régime de Vienne » est généralement applicable

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

a) Le régime des réserves consacré par les Conventions de Vienne 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 objet²⁶⁴, exception faite de certains traités conclus entre un nombre restreint de parties et des actes constitutifs d'une organisation internationale, pour lesquels des dérogations limitées ont été prévues;

²⁶² Dont il ne faut pas oublier qu'elle est une déclaration *unilatérale* (art. 2, par. 1, al. d de la Convention de Vienne de 1969).

²⁶³ Imbert, *op. cit.*, p. 372.

²⁶⁴ Pour reprendre la formule utilisée par M. Sreenivasa Rao lors du débat sur le premier rapport du Rapporteur spécial, il réalise « une certaine diversité dans l'unité » (*Annuaire... 1995*, vol. I, 2404^e séance, par. 45, p. 182).

b) Ce régime est, par sa souplesse et sa flexibilité, adapté aux particularités des traités normatifs, y compris aux instruments relatifs aux droits de l'homme²⁶⁵;

c) 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;

d) 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;

e) 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.

C. – La mise en œuvre du régime général des réserves (l'application du « régime de Vienne » aux traités relatifs aux droits de l'homme)

164. Les controverses actuelles concernant le régime de réserves applicable aux traités relatifs aux droits de l'homme²⁶⁶ 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 relatifs aux 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 de 1969 et 1986 et, en particulier, ils 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.

²⁶⁵ Telle a été, du reste, la position de la plupart des États dont les représentants se sont exprimés sur ce point à la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale; voir, notamment, les interventions de l'Algérie [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Sixième Commission, 23^e séance (A/C.6/50/SR.23)*, par. 65], de l'Inde [24^e séance (A/C.6/50/SR.24), par. 43] ou de Sri Lanka (*ibid.*, par. 82) qui ont insisté sur l'unité souhaitable du régime des réserves; ou des États-Unis [13^e séance (A/C.6/50/SR.13), par. 50 à 53], du Pakistan [18^e séance (A/C.6/50/SR.18), par. 62], de l'Espagne [22^e séance (A/C.6/50/SR.22), par. 44], de la France (*ibid.*, par. 54), d'Israël [23^e séance (A/C.6/50/SR.23), par. 15], de la République tchèque (*ibid.*, par. 46) ou du Liban [25^e séance (A/C.6/50/SR.25), par. 20] qui ont écarté l'idée d'un régime spécial pour les traités relatifs aux droits de l'homme; voir également les interventions, plus hésitantes, de l'Australie [24^e séance (A/C.6/50/SR.24), par. 10] et de la Jamaïque (*ibid.*, par. 19 et 21).

²⁶⁶ Voir *supra* par. 56 à 60.

1. LE CRITÈRE FONDAMENTAL DE L'OBJET ET DU BUT DU TRAITÉ

165. L'examen de la pratique suivie par les États et par les organisations internationales, et de celle des organes de contrôle de la mise en œuvre des traités, y compris des traités relatifs aux droits de l'homme, confirme que le régime des réserves consacré par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 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'alinéa c de l'article 19, est mis en œuvre à titre principal dans le silence des traités, à titre complémentaire lorsque des clauses de réserves existent.

166. Bien qu'il eût marqué le point de départ de l'évolution radicale qu'a connue le régime de réserves au plan universel²⁶⁷, l'avis consultatif rendu en 1951 par la CIJ 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 de l'acceptation unanime des réserves²⁶⁸ au profit de celui, plus souple, de l'Union panaméricaine :

a) La CIJ 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 »²⁶⁹;

b) La CIJ s'est expressément référée aux caractères particuliers de ladite 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 »²⁷⁰;

c) La CIJ a insisté sur le « but purement humain et civilisateur » poursuivi par les parties et leur absence d'« intérêts propres »²⁷¹;

d) Pour conclure : « L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs États, 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 »²⁷².

²⁶⁷ Voir Zemanek, "Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties", p. 323 à 336.

²⁶⁸ Comme le montre de façon convaincante l'opinion dissidente commune citée *supra* note 137 (C.I.J. Recueil 1951, p. 32 à 42).

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 20; voir aussi le dispositif, p. 29 et 30. Plusieurs exposés devant la Cour ont insisté sur ce point; tel fut le cas notamment de l'exposé écrit des États-Unis (C.I.J. Mémoires, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, p. 33 et 42 à 47); cela mérite d'autant plus d'être relevé que ce pays pratiquait alors la règle du consentement unanime dans l'exercice de ses fonctions d'État dépositaire (voir Imbert, *op. cit.*, note 98, p. 61).

²⁷⁰ C.I.J. Recueil 1951, p. 22 et 23.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 23; voir aussi *supra* par. 114.

²⁷² *Ibid.*, p. 24.

167. Ce sont donc les difficultés liées aux réserves à un traité relatif aux 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 ses observations sur 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 d'États y adhèrent, que la Cour a adopté son approche à l'égard des réserves »²⁷³.

168. Le juge Rosalyn Higgins fait remarquer à cet égard :

Bien que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide fût, assurément, un « traité relatif aux 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 étaient posées à la Cour avaient trait aux conséquences juridiques, entre les États ayant ratifié le traité, de réserves qui avaient suscité des objections (parfois de la part de certains États 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, poursuit-elle,

[...] ceci ne donne pas la réponse à une question toute différente : s'agissant d'un traité relatif aux 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 le paragraphe 3 de l'article 19 de la Convention de Vienne que cet organe institué par le traité, et non les États contractants, devrait décider si une réserve est ou non compatible avec les objets et le but du traité ?²⁷⁴

169. Cette question est, en effet, différente et fera l'objet d'un examen détaillé ci-après²⁷⁵. Mais, en ce qui concerne le problème étudié ici, on peut constater que Mme Higgins admet que l'on peut déduire de l'avis consultatif de 1951 que la CIJ a rejeté la distinction entre « traités contrats » et « traités normatifs » en vue de la mise en œuvre du régime de réserves et qu'elle considère que l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, à l'élaboration de laquelle elle a pris une part déterminante²⁷⁶, 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 international relatif aux droits civils et politiques, « [l]a question des réserves [...] est régie par le droit international »²⁷⁷ et, pour le déterminer, se soit expressément référé au paragraphe 3 de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969. Il est vrai qu'il affecte de n'y voir que des « orientations

²⁷³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, par. 4, p. 135.

²⁷⁴ Higgins, "Introduction", p. xix.

²⁷⁵ Voir *supra* par. 2 et, en particulier, *infra* par. 178.

²⁷⁶ Voir 1366^e séance du Comité (CCPR/C/SR.1366), par. 53; 1380^e séance (CCPR/C/SR.1380), par. 1; ou 1382^e séance (CCPR/C/SR.1382), par. 1.

²⁷⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, par. 6, p. 123.

²⁷⁸ *Ibid.*

utiles »²⁷⁸; 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*.²⁷⁹

et il fait application de cette disposition pour se prononcer sur l'admissibilité des réserves au Pacte²⁸⁰ 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.²⁸¹

Le Comité des droits de l'homme a, à nouveau, mis en œuvre ce critère en 1995, lors de l'examen du premier rapport des États-Unis; faisant application des principes énoncés dans l'observation générale n° 24, il a relevé que certaines réserves des États-Unis au Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁸² « lui paraissent incompatibles avec les fins de cet instrument »²⁸³.

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 instruments²⁸⁴. 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 »²⁸⁵ 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 »²⁸⁶. Il convient de noter que, ce faisant, ils se sont adressés indifféremment aux organes chargés de suivre la mise en œuvre 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 soulignée²⁸⁷. 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 de 1969 et 1986²⁸⁸ est très frappant :

a) 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 de Vienne de 1969 relatives aux réserves²⁸⁹;

b) De nombreux traités relatifs aux droits de l'homme font expressément référence à l'objet et au but comme critère d'appréciation de la licéité des réserves²⁹⁰;

c) 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 de Vienne de 1969.

173. L'exemple du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est, ici encore, très parlant : après de longues tergiversations²⁹¹, 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 État 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 »²⁹².

174. Pour sa part, la Convention européenne des droits de l'homme comporte une clause de réserves; mais celle-ci ne fait pas allusion à ce critère²⁹³. D'après 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 la convention « semble difficile à soutenir »²⁹⁴.

²⁸⁸ Ou, pour les traités antérieurs, sur le « régime souple » d'origine panaméricaine et repris dans l'avis consultatif de la CIJ de 1951 (voir *supra* note 47).

²⁸⁹ Convention américaine relative aux droits de l'homme, art. 75 (voir *supra* note 49); dans son avis consultatif de 1983 sur les restrictions à la peine de mort (voir *supra* note 82), 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 en fonction de leur compatibilité avec son objet et son but.

²⁹⁰ Voir les exemples donnés *supra* note 50.

²⁹¹ Voir Imbert, *op. cit.*, p. 223 et 224 et Higgins, "Derogations under human rights treaties", p. 317 et 318.

²⁹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session*, doc. A/6546, par. 142; voir aussi les déclarations des représentants de plusieurs États cités par Imbert, *op. cit.*, p. 224, 411 et 412.

²⁹³ Article 64 :

« 1. Tout État 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. »

²⁹⁴ Schabas, « Article 64 », p. 938; *contra* : Velu et Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Extrait du Répertoire pratique du droit belge, p. 159 et 160.

²⁷⁹ *Ibid.*, note e.

²⁸⁰ Il n'est pas dans la vocation du présent rapport de discuter le bien-fondé de cette application.

²⁸¹ Voir *supra* note 277.

²⁸² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F96.V.5), ST/LEG/SER.E/14, chap. IV.4, p. 130.

²⁸³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, par. 279, p. 50, et annexe VI; voir également les commentaires du Président du Comité des droits de l'homme, M. Aguilar, lors de l'examen du rapport (1406^e séance du Comité, CCPR/C/SR.1406, par. 2 à 5).

²⁸⁴ Voir *supra* par. 140.

²⁸⁵ A/47/628 (*supra* note 84), annexe, par. 60; voir aussi par. 36.

²⁸⁶ A/49/537 (*supra* note 84), annexe, par. 30.

²⁸⁷ Voir *supra* par. 125.

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 traité²⁹⁵. 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 États aux réserves à des traités relatifs aux 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. Cela mérite d’autant plus d’être relevé que, d’une manière générale, les États se montrent peu enclins à formuler des objections²⁹⁶ et que, lorsqu’ils le font, ils les motivent rarement²⁹⁷. Il est donc fort symptomatique que, par exemple, neuf États parties à la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes²⁹⁸ aient motivé ainsi leurs objections à l’encontre de certaines réserves²⁹⁹, l’un d’eux³⁰⁰ se référant expressément à l’alinéa *c* de l’article 19 de la Convention de Vienne de 1969³⁰¹. De même, plusieurs objections à des réserves au Pacte international relatif aux 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 États européens qui ont émis des objections à l’encontre des réserves des États-Unis³⁰² ont justifié leur position par

²⁹⁵ Voir *supra* note 81 : la décision de la Commission dans l’affaire *Chrysostomos et al. c. Turquie* (par. 19, p. 277) ou l’arrêt de la Cour dans l’affaire *Loizidou c. Turquie* (par. 73 et 75), 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. Dans l’affaire *Temeltasch c. Suisse* (par. 68), la Commission a estimé que les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 énonçaient essentiellement des règles coutumières en matière de réserves et s’est fondée sur la définition de l’alinéa *d* du paragraphe 1 de l’article 2 de celle-ci pour apprécier la véritable nature d’une déclaration interprétative de l’État défendeur (par. 69 et suiv.); voir, sur ce point, Coccia, *loc. cit.*, p. 14 et 15.

²⁹⁶ Voir Coccia, *loc. cit.*, p. 34 et 35 et appendice, p. 50 et 51; Imbert, *op. cit.*, p. 419 à 434; ou Shelton, *loc. cit.*, p. 227 et 228.

²⁹⁷ Voir Bowett, “Reservations to non-restricted multilateral treaties”, p. 75; Redgwell, *loc. cit.*, p. 276; ou Zemanek, *loc. cit.*, p. 334; voir également les remarques du Comité des droits de l’homme dans l’observation générale n° 24 [Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), vol. I, annexe V, par. 17, p. 127].

²⁹⁸ Allemagne, Autriche, Canada, Finlande, Mexique, Norvège, Pays-Bas, Portugal et Suède.

²⁹⁹ Notamment celles du Bangladesh, du Brésil, de l’Égypte, de l’Inde, de l’Iraq, de la Jamahiriya arabe libyenne, de la Jamaïque, 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.

³⁰⁰ Le Portugal.

³⁰¹ Sur ces objections (et, plus généralement, sur les réserves à la Convention sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes), voir Clark, *loc. cit.*, p. 299 à 302 ou Cook, *loc. cit.*, p. 687 à 707; voir aussi Jenefsky, “Permissibility of Egypt’s reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, p. 199 à 233.

³⁰² Voir *supra* par. 170. Ces États 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.

³⁰³ Schabas, “Invalid reservations...”, p. 310 à 314; pour d’autres exemples, voir p. 289.

l’incompatibilité de certaines de ces réserves avec l’objet et le but soit du Pacte dans son ensemble, soit de certaines de ses dispositions³⁰³.

176. Il n’est donc pas douteux qu’« il existe un accord général pour considérer que le principe de Vienne “de l’objet et du but” est le critère »³⁰⁴. En ce qui concerne ce point fondamental, élément central du « système souple » retenu par la CIJ en 1951 et consacré par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986, la nature particulière des traités relatifs aux droits de l’homme ou, plus généralement, des traités normatifs n’a donc pas d’incidence sur le régime des réserves.

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 de 1969 et 1986 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 dissiper, ce qui reviendrait à prendre parti prématurément dans la querelle de l’« opposabilité » et de l’« admissibilité »³⁰⁵.

178. D’ailleurs, il suffit 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... »³⁰⁶, 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 1986 ne semblent pas avoir pensé³⁰⁷, 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 de 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 Higgins, “Introduction”, p. xxi.

³⁰⁵ Voir *supra* par. 42 à 45 et le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 97 à 108 et 115 à 123, p. 155 et suiv.

³⁰⁶ Imbert, *op. cit.*, p. 138.

³⁰⁷ Comme l’a écrit Higgins : « La question n’a tout simplement jamais été posée à la Cour internationale dans l’affaire des *Réserves* – ni lors de la préparation de la Convention de Vienne. D’ailleurs, cela n’aurait pas été possible. Ni en 1951 ni en 1969, il n’existait de réseau d’instruments multilatéraux relatifs aux droits de l’homme dotés d’organes conventionnels propres. Ce phénomène ne s’est produit qu’ultérieurement. » (“Introduction”, p. xix); voir aussi *supra* par. 168 et, dans le même sens, Shelton, *loc. cit.*, p. 229. Certains commentateurs n’ont cependant pas caché très tôt leur perplexité sur ce point; voir, par exemple, Maresca : « 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).

a) *L'appréciation de la licéité des réserves par les organes de surveillance*

179. Comme on l'a vu³⁰⁸, le « régime de Vienne », conçu pour être d'application générale, est adapté, quant au fond, aux exigences particulières des traités relatifs aux 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 relatifs aux 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.

i) *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 de 1969 et 1986, les auteurs s'accordent pour considérer que le régime de réserves qu'ils instituent « trouve son fondement dans le caractère consensuel des traités »³⁰⁹. Cette constatation constitue le « credo » fondamental de l'école de l'« opposabilité » qui se fonde sur l'idée que « la validité d'une réserve dépend exclusivement de son acceptation par un autre État contractant »³¹⁰. Elle n'est cependant pas récusée par les tenants de l'« admissibilité »; ainsi, par exemple, Bowett relève qu'en l'absence, dans le traité, de dispositions relatives au règlement des différends « 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 »³¹¹.

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

a) Certaines clauses de réserves qui y sont insérées « soumettent expressément [celles-ci] au “jeu des acceptations-objections”... »³¹²;

b) Les États n'hésitent pas à objecter aux réserves formulées par d'autres parties à de tels traités, même dans le silence de ceux-ci³¹³;

c) Ces objections peuvent conduire l'État réservataire à retirer sa réserve³¹⁴;

³⁰⁸ *Supra* par. 70 à 88.

³⁰⁹ Elias, *The Modern Law of Treaties*, p. 34. Voir aussi Bishop, *loc. cit.*, p. 337; Redgwell, *loc. cit.*, p. 268; ou Tomuschat, *loc. cit.*, p. 466.

³¹⁰ Ruda, *loc. cit.*, p. 190. Voir aussi le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 102, p. 155.

³¹¹ Bowett, *loc. cit.*, p. 81.

³¹² Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 122; voir, par exemple, l'article 8 de la Convention sur la nationalité de la femme mariée et l'article 75 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (*supra* note 49), qui renvoient à la Convention de Vienne de 1969.

³¹³ Voir *supra* par. 175.

³¹⁴ L'Australie et la République de Corée ont retiré certaines de leurs réserves au Pacte international relatif aux droits civils et politiques à la suite d'objections faites par d'autres États parties (voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* [*supra* note 282], p. 128 et 135 et 138 à 141).

d) Tandis que les organes de surveillance de la mise en œuvre du traité peuvent en tenir compte dans leur interprétation du traité ou pour déterminer le sort de la réserve³¹⁵; et

e) 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 États parties à un instrument international donné étudient avec soin la possibilité de formuler une objection à chaque fois que cela est approprié »³¹⁶.

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 Vienne de 1969. Ainsi, les deux premiers des quatre « projets de variantes » faits *de lege ferenda* par sir Hersch 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 États intéressés³¹⁷, tandis que les deux autres confiaient ce contrôle soit à une commission instituée par les parties³¹⁸, soit à la chambre de procédure sommaire de la CIJ^{319,320}.

183. Mais, si ces propositions n'ont pas été retenues dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986, elles sont reprises dans certaines clauses de réserves insérées dans les traités multilatéraux. Ainsi, en matière de droits de l'homme, le paragraphe 2 de l'article 20 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale 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 États parties à la Convention élèvent des objections.³²¹

³¹⁵ Voir *supra* par. 158.

³¹⁶ A/47/628, annexe (*supra* note 84), par. 64; voir aussi le paragraphe 36 et le rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes [*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 38 (A/48/38)*], chap. 1^{er}, par. 4, al. d, p. 2.

³¹⁷ *Yearbook... 1953*, vol. II, doc. A/CN.4/63, p. 124 à 133.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 133 et 134.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 134 et 135.

³²⁰ Voir aussi la position de sir Hersch Lauterpacht, “Some possible solutions of the problem of reservations to treaties”, p. 108 et suiv. Curieusement, sir Gerald Fitzmaurice, qui voyait dans un système collégial « un système idéal » (“Reservations to multilateral conventions”, p. 23 à 26), ne l'a pas repris dans son premier rapport (*Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/C.N.4/101, p. 129 et 130). Durant les débats de 1962, plusieurs membres de la CDI ont plaidé en faveur d'un tel système, d'autres s'y opposant avec succès (voir Cassese, *loc. cit.*, p. 272); de même, quelques États ont déposé des amendements en ce sens lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités : voir, par exemple, les propositions du Japon ou du Royaume-Uni (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7], A/CONF.39/11, 21^e séance de la Commission plénière, p. 119 et 120 et 123 et 124, respectivement).

184. Dans de telles hypothèses, l'appréciation de l'admissibilité de la réserve est confiée non à chaque État 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 *a)* par l'adoption de la clause de réserves elle-même et *b)* collectivement par le système classique des acceptations (éventuellement tacites) et des objections.

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. À 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.

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.³²²

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 »³²³. Dans sa décision, 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 »³²⁴.

189. De même, dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, la CIJ 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 disposition facultative »³²⁵. Et si la Cour elle-même n'a jamais déclaré illicite une réserve à une déclaration facultative d'acceptation de sa juridiction obligatoire, sir Hersch Lauterpacht a, à deux reprises, dans des opinions fortement motivées, estimé qu'elle aurait dû le faire^{326,327}.

190. Ce que la CIJ 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,

[u]n caractère purement abstrait. Elles ne [visaient] ni les réserves qui, en fait, ont été apportées par certains États à la Convention, ni les objections qui ont été faites par d'autres États 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.³²⁸

Mais rien n'empêche qu'il en soit ainsi, et les organes chargés de la surveillance de la mise en œuvre 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'envisagent³²⁹, 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 CIJ » 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 les présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en 1992³³⁰.

³²⁵ Arrêt, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 141; voir la réponse de la Cour p. 141 à 144.

³²⁶ *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, opinion individuelle, p. 34 à 66, notamment p. 43 à 55, et *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, opinion dissidente, p. 95 à 122, notamment p. 103 à 106; voir aussi les opinions dissidentes du Président Klaestad, p. 76 à 82, et du juge Armand-Hugon, p. 85 à 94.

³²⁷ Dans l'arrêt *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme 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 du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la CIJ (*supra* note 81, par. 83 à 85, p. 29). Aussi douteuse que soit la distinction, elle porte sur le fond du droit applicable et non sur les modalités du contrôle.

³²⁸ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 21.

³²⁹ Voir le rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (*supra* note 86).

³³⁰ A/47/628 (*supra* note 84), par. 61 et 65.

³²¹ Pour un commentaire approfondi de cette disposition, voir Cassese, *loc. cit.*, p. 266 à 304. Il existe des clauses comparables dans d'autres domaines; voir, par exemple : article 39 de la Convention douanière relative à l'importation temporaire des véhicules routiers privés, article 20 de la Convention sur les facilités douanières en faveur du tourisme (et article 14 du Protocole additionnel à celle-ci relatif à l'importation de documents et de matériel de propagande touristique) ou article 50 de la Convention unique sur les stupéfiants du 30 mars 1961 telle que modifiée par le Protocole de 1972 portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants. D'autres traités, notamment ceux conclus sous les auspices de la FAO, retiennent le principe du consentement unanime des parties (voir Imbert, *op. cit.*, p. 174 et 175).

³²² Bowett, *loc. cit.*, p. 81. Dans le même sens, voir Coccia (*loc. cit.*, p. 26), qui estime cependant qu'un État qui a accepté la réserve n'est plus fondé à se prévaloir de son inadmissibilité.

³²³ Décision du 30 juin 1977 (*supra* note 138), par. 49, p. 167.

³²⁴ *Ibid.*, par. 56, p. 170; voir également par. 50 à 55, p. 167 à 169.

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 américaine relative aux droits de l'homme³³¹, de même que la Cour européenne des droits de l'homme³³², à laquelle il a été proposé de soumettre préventivement la question de la conformité à l'article 64 de la Convention européenne des droits de l'homme des réserves futures³³³.

192. À 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 :

a) Le mécanisme de droit commun est le système interétatique de droit commun, que reflète l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986;

b) Il est parfois infléchi ou corrigé par des clauses de réserves spécifiques prévoyant une appréciation majoritaire ou unanime de cette licéité;

c) 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;

d) A fortiori, ces organes ont compétence pour donner des avis consultatifs sur ce point.

ii) *Le rôle des organes de surveillance des traités de droits de l'homme*

193. À ces mécanismes traditionnels de contrôle de la licéité des réserves se sont, depuis le début des années 80, superposés d'autres en matière de droits de l'homme du fait que les organes chargés de la surveillance de la mise en œuvre 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.

a. *L'évolution de la pratique suivie par les organes de surveillance*

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

a) En 1978, conformément à un avis juridique très ferme adressé au Directeur de la Division des droits de l'homme par le Bureau des affaires juridiques³³⁴, le

³³¹ Voir le paragraphe 1 de l'article 64 de la Convention et "Other Treaties" Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights), avis consultatif OC-1/82 du 24 septembre 1982, Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Série A: Judgements and Opinions*, n° 1; voir, en ce sens, Cook, *loc. cit.*, p. 711.

³³² Voir le Protocole n° 2 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, attribuant à la Cour européenne des droits de l'homme la compétence de donner des avis consultatifs.

³³³ Voir *Chorherr c. Autriche*, Cour européenne des droits de l'homme, *Série A: Arrêts et décisions*, vol. 266-B, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993, opinion partiellement dissidente du juge Valticos, p. 39 à 43.

³³⁴ Mémoire du 5 avril 1976 (voir, notamment, le paragraphe 8, dont les termes ont été presque intégralement repris par le Comité), Nations Unies, *Annuaire juridique 1976* (numéro de vente : F.78.V.5), p. 227 et 228. Voir aussi la note du Secrétaire général CERD/C/R.93.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a décidé que « [l]e Comité doit tenir compte des réserves faites par les États 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 »³³⁵.

b) 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 femmes³³⁶, et, bien que certains de ses membres aient interrogé les représentants des États, à l'occasion de l'examen des rapports nationaux, sur la portée des réserves émises³³⁷, le Comité lui-même s'est toujours interdit de prendre position à cet égard jusqu'en 1987³³⁸.

c) Quant au Comité des droits de l'homme, il est longtemps resté dans l'expectative à cet égard, certains de ses membres se prononçant, lors de l'examen des rapports des États, en faveur de l'examen de la validité des réserves au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, d'autres contre³³⁹; toutefois, on peut penser que le Comité, s'il était prêt à « requalifier », le cas échéant, une déclaration interprétative en réserve, ne semblait guère enclin à apprécier la licéité des réserves³⁴⁰.

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 Convention³⁴¹. D'emblée, la Commission et la Cour européennes des droits de

³³⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 18 (A/33/18)*, par. 374, al. a, p. 106. Voir à ce sujet les observations d'Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 125 et 126 et Shelton, *loc. cit.*, p. 229 et 230.

³³⁶ Voir le rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 45 (A/39/45)*, vol. II, annexe III.

³³⁷ Voir les exemples donnés à cet égard par Cook, *loc. cit.*, note 303, p. 708.

³³⁸ Voir, notamment, Clark, *loc. cit.*, p. 283 à 289.

³³⁹ Voir les exemples donnés à cet égard par Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 127 et 128 et Shelton, *loc. cit.*, p. 230 et 231.

³⁴⁰ Voir *M. K. c. France* et *T. K. c. France* (communications nos 222/1987 et 220/1987), décisions concernant la recevabilité adoptées le 8 novembre 1989 [*Document officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 40 (A/45/40)*, vol. II, annexe X, p. 135 à 141 et 145 à 150, respectivement], 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 individuelle de Higgins (*ibid.*, appendice II, p. 143 et 144 et 152 et 153), 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 États parties. En ce sens, voir Schmidt, *loc. cit.*, p. 20 à 34.

³⁴¹ Voir, notamment, la controverse qui a opposé Golsong (*Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1976, réunion du 7 novembre 1975, p. 269 et 270 et « Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme », p. 23 à 42) et Imbert (« La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », notamment p. 113 et 114).

l'homme ont considéré qu'elles devaient interpréter ces réserves et leur donner un sens utile³⁴², 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 européenne des droits de l'homme, le 5 mai 1982, dans l'affaire *Temeltasch*³⁴³, 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 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,³⁴⁴

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 »³⁴⁵. En conséquence, la Commission, d'une part, qualifie de réserve la déclaration interprétative suisse relative à l'alinéa e du paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention³⁴⁶ et, d'autre part, constate que celle-ci n'est pas conforme aux dispositions de l'article 64 de la Convention³⁴⁷.

197. La Commission européenne des droits de l'homme n'ayant, curieusement, pas saisi la Cour européenne des droits de l'homme 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 affaire³⁴⁸ et ce n'est que six ans plus tard, par son arrêt *Belilos*, que la juridiction de Strasbourg a fait sienne la position de principe de la Commission³⁴⁹. À son tour, elle procède à la « requalification » en réserve d'une « déclaration interprétative » de la Suisse (relative au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention)³⁵⁰ et estime que « 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 »³⁵¹, après avoir constaté que

³⁴² Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, requête n° 473/59, décision de la Commission du 29 août 1959, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1958-1959*, vol. 2, p. 400 à 406, notamment p. 405, et requête n° 1008/61, décision de la Commission du 5 mars 1962, *ibid.*, 1962, vol. 5, p. 82 à 86, notamment p. 87, et les extraits cités par Imbert, *op. cit.*, p. 176 à 277.

³⁴³ Requête n° 9116/80 (*supra* note 81); voir, notamment : Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 86 à 93; Imbert, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*) ».

³⁴⁴ Requête n° 9116/80 (*supra* note 81), par. 61.

³⁴⁵ *Ibid.*, par. 65.

³⁴⁶ *Ibid.*, par. 68 à 82.

³⁴⁷ *Ibid.*, par. 83 à 92.

³⁴⁸ *Ibid.*, résolution DH (83) 6 du 24 mars 1983, p. 137.

³⁴⁹ Arrêt du 29 avril 1988 (*supra* note 81); voir, notamment : Bourguignon, «The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties»; Cameron et Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights: the *Belilos* case»; Cohen-Jonathan, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988) »; Macdonald, «Reservations under the European Convention on Human Rights»; ou Marks, «Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights».

³⁵⁰ Arrêt du 29 avril 1988 (*supra* note 81), par. 40 à 49.

³⁵¹ *Ibid.*, par. 60; voir aussi par. 51 à 59.

[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).³⁵²

198. Depuis lors, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme ont fait de cette jurisprudence une application presque routinière³⁵³ et l'ont étendue aux réserves formulées par les États à leur propre compétence. Ainsi, dans sa décision du 4 mars 1991 concernant la recevabilité de trois requêtes dirigées contre la Turquie³⁵⁴, la Commission a estimé que certaines restrictions à sa compétence formulées par l'État défendeur dans sa déclaration d'acceptation des requêtes individuelles au titre de l'article 25 n'étaient « pas autorisées par cet article »³⁵⁵. Plus catégoriquement, dans son arrêt *Loizidou c. Turquie*³⁵⁶, la Cour de Strasbourg a jugé que « l'objet et le but du système de la Convention »³⁵⁷ s'opposent à ce que les États 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 États 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.³⁵⁸

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 États parties en application de l'article 75 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. On peut cependant déduire de certains de ses avis consultatifs que, le cas échéant, elle adopterait une position similaire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans son deuxième avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, relatif aux *Effets des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine relative aux droits de l'homme*³⁵⁹, 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 « sont libres de faire valoir cet intérêt par le biais du mécanisme contentieux ou consultatif établi par la Convention »³⁶⁰. Surtout, dans son troisième avis consultatif OC-3/83 du 8 septembre 1983 dans l'affaire des *Restrictions à la peine de mort*³⁶¹, la Cour inter-

³⁵² *Ibid.*, par. 50; au paragraphe 42 de l'arrêt rendu dans l'*Affaire Ettl et autres* (Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : Arrêts et décisions*, vol. 117, arrêt du 23 avril 1987, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1987, p. 19), la Cour avait fait application de la réserve de l'Autriche au paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention et renvoyé à l'*Affaire Ringelsen* (*ibid.*, vol. 13, arrêt du 16 juillet 1971, par. 98, p. 40 et 41), qui se borne à tirer les conséquences de cette réserve, interprétée fort libéralement (en faveur de l'État).

³⁵³ Voir les exemples cités *supra* note 81.

³⁵⁴ *Chrysostomos et al. c. Turquie* (voir *supra* note 81).

³⁵⁵ *Ibid.*, par. 42.

³⁵⁶ Voir *supra* note 81.

³⁵⁷ Arrêt du 23 mars 1995 (voir *supra* note 81), par. 75.

³⁵⁸ *Ibid.*, par. 89; voir aussi par. 65 à 89.

³⁵⁹ Voir *supra* note 82.

³⁶⁰ Avis consultatif OC-2/82 (voir *supra* note 82), par. 38.

³⁶¹ Voir *supra* note 82.

américaine des droits de l'homme a estimé que certaines réserves du Guatemala n'étaient pas admissibles³⁶².

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 sourcilieuse à l'égard de la validité des réserves que celle, toute de prudence, qui leur était traditionnelle³⁶³. Cela est particulièrement frappant en ce qui concerne le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes³⁶⁴ et, surtout, le Comité des droits de l'homme.

201. Dans l'observation générale n° 24³⁶⁵, le Comité des droits de l'homme 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 États 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 État 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 l'objet et le but du Pacte doit être établie objectivement, en se référant à des principes juridiques.³⁶⁶

b. *Les fondements du contrôle exercé par les organes de surveillance*

202. Cette motivation, qui rejoint celle invoquée par les organes régionaux européens et interaméricains³⁶⁷, 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 :

a) La nature spécifique de ces instruments exclut

[le] jeu d'opposition et d'acceptation de la part d'autres États 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;³⁶⁸

b) Leur caractère objectif appellerait un contrôle objectif³⁶⁹;

c) Il serait impossible aux organes qu'ils instituent de s'acquitter de leurs fonctions générales de surveillance « sans établir quelles obligations lient la partie en cause »³⁷⁰;

d) En pratique, le système des objections ne fonctionnerait guère³⁷¹.

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

204. En premier lieu, comme cela est établi ci-avant³⁷², ni la nature prétendument « objective » des traités relatifs aux droits de l'homme ni l'absence de réciprocité qui caractérise la plupart de leurs dispositions substantielles ne constituent des raisons convaincantes en 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 créant³⁷³.

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 toute manière, 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 des Nations Unies 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 États. *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**.³⁷⁴

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 international relatif aux droits civils et politiques, les Conventions européenne ou américaine 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 œuvre. À 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. Cela constitue le seul argument véritablement convaincant en

³⁶² Voir *supra* note 289.

³⁶³ Voir *supra* par. 194.

³⁶⁴ Voir *supra* par. 59.

³⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V.

³⁶⁶ *Ibid.*, par. 18, p. 127.

³⁶⁷ Voir *supra* par. 196 à 199.

³⁶⁸ Golsong, *Actes du quatrième colloque...* (voir *supra* note 341), p. 269; voir aussi l'opinion du juge Valticos sous l'arrêt *Chorherr c. Autriche* (*supra* note 333), p. 15.

³⁶⁹ Voir Giegerich, *loc. cit.*, p. 780 et 781 ou Higgins, "Introduction", p. xxii.

³⁷⁰ Schabas, "Reservations to human right treaties...", p. 68.

³⁷¹ Voir McBride, *loc. cit.* ou Higgins, "Introduction", p. xxiv.

³⁷² Voir surtout *supra* par. 136 à 162.

³⁷³ Voir les remarques de la Jamaïque à la Sixième Commission [*Document officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Sixième Commission, 24^e séance (A/C.6/50/SR.24)*, par. 20].

³⁷⁴ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), par. 10, p. 137.

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 États 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.

207. On a fait valoir à cet égard que ces organes fonctionneraient dans un contexte qui « se distingue nettement » de celui de la CIJ, qui « est appelée notamment à examiner au regard des principes de droit international tout différend juridique entre États 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-là³⁷⁵. C'est là un raisonnement fort discutable, voire pernicieux.

208. Le motif premier qui justifie l'exercice, par les organes de surveillance des traités relatifs aux 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 exacte des engagements pris par l'État 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 CIJ³⁷⁶ 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 »³⁷⁷, dont le respect s'impose avec une force particulière dans l'hypothèse d'un différend entre États. On peut d'ailleurs relever à cet égard que les fonctions des organes de surveillance des traités relatifs aux 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 États parties³⁷⁸ 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 relatifs aux 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 États parties et des règles générales du droit des traités.

³⁷⁵ *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* note 81), par. 84 et 85.

³⁷⁶ Voir *supra* par. 189.

³⁷⁷ Voir *supra* par. 96.

³⁷⁸ Voir l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 24 de la Convention européenne des droits de l'homme ou l'article 45 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme; voir les commentaires du Royaume-Uni sur l'observation générale n° 24 [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, par. 5, p. 135].

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 relatifs aux droits de l'homme ont très probablement 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 États concernés n'est pas de nature à établir l'existence d'une *opinio juris* contraire :

a) La Suisse, bien qu'elle y eût songé³⁷⁹, n'a pas dénoncé la Convention européenne des droits de l'homme après les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Belilos* et *Weber*;

b) Pas davantage que la Turquie ne l'a fait à la suite de l'arrêt *Loizidou*;

c) 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*³⁸⁰;

d) L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a souhaité amplifier la jurisprudence des organes de la Convention en la matière³⁸¹;

e) 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*³⁸²;

f) Et, pour négatives qu'aient été les réactions de certains États à l'encontre de l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme³⁸³, 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-ci³⁸⁴.

iii) *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 relatifs aux 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 :

a) L'un, qui constitue le droit commun, est celui, purement interétatique, que consacrent 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;

b) 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

³⁷⁹ Voir Cameron et Horn, *loc. cit.*, p. 117.

³⁸⁰ Voir *supra* par. 197.

³⁸¹ Voir la recommandation 1223 (1993) [*supra* note 89], par. 7.A.ii.

³⁸² Voir Cerna, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : ses premières affaires », p. 312.

³⁸³ Voir *supra* par. 60.

³⁸⁴ Ainsi : « Le 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 » [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, par. 11, p. 137].

peut également se prononcer sur l'admissibilité des réserves;

c) Mais cela laisse subsister la possibilité pour les États parties de recourir, le cas échéant, aux modes habituels de règlement pacifique des différends, y compris juridictionnels ou arbitraux, s'ils élèvent une contestation entre eux relativement à la licéité d'une réserve³⁸⁵;

d) En outre, il n'est pas exclu que les tribunaux nationaux eux-mêmes, à l'image des juridictions suisses³⁸⁶, 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 contradiction entre les positions que les uns et les autres pourraient prendre sur la même réserve (ou sur deux réserves identiques d'États différents)³⁸⁷. Mais, à vrai dire, ce risque est inhérent à tout système de contrôle – au fil du 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 durant laquelle ils peuvent prendre place. Le problème ne se pose pas en ce qui concerne le « régime de Vienne » puisque le paragraphe 5 de l'article 20 des Conventions de 1969 et 1986 limite à 12 mois suivant la date de la réception de la notification de la réserve (ou de l'expression du consentement à être lié de l'État objectant³⁸⁸) la période durant laquelle un État 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 12 mois le droit pour les organes de contrôle de se prononcer³⁸⁹. 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

³⁸⁵ Ceci toutefois sous réserve de l'existence de « régimes se suffisant à eux-mêmes », au nombre desquels ceux institués par les Conventions européenne et américaine des droits de l'homme doivent certainement être comptés (voir Simma, "Self-contained regimes", p. 130 et suiv. ou Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, p. 230 et suiv.).

³⁸⁶ Voir *Elisabeth F. c. Conseil d'État du canton de Thurgovie*, décision du Tribunal fédéral suisse du 17 décembre 1992, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, vol. 20, n° 31 (mars 1993), p. 72; voir plus généralement l'article très informé de 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 ».

³⁸⁷ Voir, notamment, Imbert, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme... », p. 617 à 619; 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.

³⁸⁸ À noter toutefois que le problème se pose néanmoins du fait de l'étalement dans le temps des ratifications et des adhésions.

³⁸⁹ Voir Imbert, *op. cit.*, note 25, p. 146 et « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », p. 113 et 114 et 130 et 131; *contra* : Golsong, « Les réserves aux instruments... », p. 34 ou Edwards Jr., "Reservations to treaties", p. 387 et 388.

fait remarquer, l'une des raisons pour lesquelles les États émettent peu d'objections tient précisément à ce que la règle des 12 mois les prend souvent de court³⁹⁰; le même problème risque de se poser a fortiori aux organes de contrôle et ceux-ci de s'en trouver paralysés.

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 autres³⁹¹, mais de les combiner de manière à renforcer leur efficacité globale puisque, 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 participation³⁹². Il est normal que les États, 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.

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 États, 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 obligatoires³⁹³.

³⁹⁰ Clark, *loc. cit.*, p. 312 à 314.

³⁹¹ Alors que telle est leur tendance naturelle; cf. les vues opposées du Comité des droits de l'homme : « cette tâche n'est pas du ressort des États parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme » [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, par. 18, p. 127] et de la France : « c'est [aux États 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 » [*ibid.*, cinquante et unième session, *Supplément n° 40 (A/51/40)*, vol. I, annexe VI, par. 14, p. 107].

³⁹² Voir *supra* par. 90 à 98.

³⁹³ Voir cependant la réaction extrêmement vive à l'observation générale n° 24 que traduit le « bill » présenté au Sénat des États-Unis par le Sénateur Helms le 9 juin 1995 (*Foreign Relations Revitalization Act of 1995*, Sénat des États-Unis d'Amérique, 104^e Congrès, première session, S.908 [rapport n° 104-95], titre III, chap. 2, sect. 314) et aux termes duquel « 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 relatif aux droits civils et politiques pour examiner les communications d'autres États parties au Pacte prétendant que les États-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

b) *Les conséquences des constatations faites par les organes de contrôle*

216. Cela 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 relatif aux 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° 24³⁹⁴, 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'État dont la réserve a été considérée comme illicite.

i) *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 »³⁹⁵, 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'État 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 :

a) Dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, en un considérant laconique : « à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration »³⁹⁶;

b) Elle s'est montrée plus explicite dans l'affaire *Loizidou*, dans laquelle, après avoir rappelé son arrêt de 1988³⁹⁷, 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.

droits de l'homme établi par le Pacte 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 et déclarations contenues dans l'instrument de ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par les États-Unis »

³⁹⁴ 1366^e séance du Comité (CCPR/C/SR.1366, par. 54).

³⁹⁵ Edwards Jr., *loc. cit.*, p. 376.

³⁹⁶ Arrêt du 29 avril 1988 (*supra* note 81), par. 60.

³⁹⁷ Arrêt du 23 mars 1995 (*supra* note 81), par. 94.

[...]

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;³⁹⁸

c) Et le Comité des droits de l'homme a affirmé que

[I]a conséquence normale d'une réserve inacceptable n'est pas que le Pacte restera totalement lettre morte pour l'État auteur de la réserve. Une telle réserve est dissociable, c'est-à-dire que le Pacte s'appliquera à l'État qui en est l'auteur, sans bénéficier de la réserve.³⁹⁹

220. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme insiste sur les différences entre le contexte où elle se trouve et celui dans lequel fonctionne la CIJ⁴⁰⁰, les similitudes entre ce raisonnement et celui de sir Hersch Lauterpacht dans l'opinion individuelle jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*⁴⁰¹ est extrêmement frappante, quoique la Cour européenne des droits de l'homme se montre moins circonspecte que le juge de la CIJ 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'écarter* –, 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.)⁴⁰²

221. Or c'est très exactement cette « troisième possibilité » (que sir Hersch Lauterpacht ne mentionne que pour l'écarter aussitôt) que la Cour européenne des droits de l'homme met en œuvre dans les arrêts cités ci-dessus et que le Comité des droits de l'homme envisage dans l'observation générale n° 24.

³⁹⁸ *Ibid.*, par. 95 à 97.

³⁹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, par. 18, p. 127 et 128.

⁴⁰⁰ Voir *supra* note 327.

⁴⁰¹ *CIJ Recueil 1957* (voir *supra* note 326), p. 56 à 59.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 55 et 56.

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

a) Celle, d'abord, de « divisibilité » des dispositions du traité lui-même⁴⁰³, 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 dispositions du paragraphe 4 de l'article 20 et du paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 seraient dépourvues de sens⁴⁰⁴;

b) Celle, ensuite, de « dissociabilité » de la réserve par rapport au consentement de l'État réservataire à être lié, globalement, par le traité, qui est une chose toute différente⁴⁰⁵ et conduit à se demander si la réserve était ou non une condition *sine qua non* à l'engagement de l'État.

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 sir Hersch Lauterpacht⁴⁰⁶,

admet que la dissociabilité⁴⁰⁷ offre peut-être une solution dans des cas appropriés, encore que ses contours commencent seulement à se dessiner dans la pratique des États. 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 États contractants.⁴⁰⁸

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'homme⁴⁰⁹.

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 États parties; il est préférable au contraire de les garder; d'où la formulation employée dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 20 »^{410,411}. À la connais-

sance 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 partisans⁴¹².

226. Cette explication soulève de très sérieuses difficultés d'ordre juridique. En droit, la question n'est pas de savoir s'il faut ou non « garder » les États parties réservataires mais de déterminer s'ils ont ou non consenti à être liés et, pour paraphraser le Comité des droits de l'homme, ce sont les États eux-mêmes – et non des organes extérieurs, aussi bien intentionnés et techniquement irréprochables soient-ils – qui sont « particulièrement bien placé[s] pour s'acquitter de cette tâche »⁴¹³; 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'État réservataire, surtout lorsque l'autorisation de ratifier ou d'adhérer a été assortie de conditions par le parlement⁴¹⁴.

227. Il paraît au surplus singulier que les organes de contrôle puissent aller au-delà de ce que les États eux-mêmes peuvent faire dans leurs rapports *inter se*. Ainsi que cela résulte des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et conformément à la pratique, deux possibilités seulement leur sont ouvertes : l'exclusion de l'application de la disposition sur laquelle porte la réserve (art. 21, par. 1, al. a) ou de l'ensemble du traité (art. 20, par. 4, al. b); mais elles n'envisagent nullement « la possibilité que le traité puisse entrer en vigueur dans son intégralité à l'égard de l'État qui a formulé la réserve »⁴¹⁵.

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 États 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 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 États et que les réserves sont les conditions que les États 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 États ne sont pas considérés comme parties à l'instrument en cause.⁴¹⁶

⁴⁰³ Reuter, *op. cit.*, p. 37 et 38.

⁴⁰⁴ C'est dans cette première acception que la doctrine la plus autorisée en matière de réserve parle de « divisibilité » (voir, par exemple, Reuter, *op. cit.*, p. 84; Bowett, *loc. cit.*, p. 89; ou Sinclair, *op. cit.*, p. 68).

⁴⁰⁵ Mais apparemment confondue avec la notion précédente par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Loizidou* (voir *supra* par. 219 et note 81).

⁴⁰⁶ Voir *supra* par. 220.

⁴⁰⁷ Le Royaume-Uni désigne ici par « dissociabilité » ce qui est défini comme « divisibilité » (voir *supra* par. 222).

⁴⁰⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, par. 14, p. 138. Cette possibilité risque, concrètement, de ne se présenter que rarement.

⁴⁰⁹ Voir *supra* par. 219.

⁴¹⁰ Devenu le paragraphe 18.

⁴¹¹ 1382^e séance du Comité (CCPR/C/SR.1382, par. 11).

⁴¹² Voir Giegerich, *loc. cit.*, p. 782 (cet auteur ajoute cependant, curieusement, que cette solution « lève également l'incertitude quant au statut juridique de l'État réservataire en tant que partie contractante »).

⁴¹³ Voir *supra* note 366.

⁴¹⁴ Voir, à cet égard, l'intervention des États-Unis [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Sixième Commission*, 13^e séance (A/C.6/50/SR.13), par. 53].

⁴¹⁵ Observations des États-Unis [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, sect. 5, p. 134].

⁴¹⁶ *Ibid.*, cinquante et unième session, *Supplément n° 40 (A/51/40)*, vol. I, annexe VI, par. 13, p. 107. Voir aussi les observations des États-Unis [*ibid.*, cinquantième session, *Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, sect. 5, p. 133 et 134] et du Royaume-Uni (*ibid.*, par. 14, p. 138).

229. Sous réserve des possibles conséquences de la « divisibilité » de la disposition sur laquelle porte la réserve⁴¹⁷, cette conclusion paraît s'imposer : quel que soit son objet, un traité demeure un acte juridique dont le fondement repose sur la volonté des États, 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 États 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'État 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 délicate⁴¹⁸; non seulement les précédents constitués par les affaires *Belilos* et *Loizidou* sont fort peu convaincants à cet égard⁴¹⁹; mais encore, dans son principe même, une telle recherche se heurte à de graves objections.

ii) Les droits et les devoirs de l'État réservataire

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

a) Les organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme peuvent apprécier la licéité des réserves formulées par les États au regard du régime de réserves applicable;

b) S'ils estiment qu'elle n'est pas licite, ils ne peuvent qu'en tirer la conséquence que l'État réservataire n'est pas lié en l'état⁴²⁰;

c) 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'État 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 :

a) Les constatations de l'organe de contrôle s'imposent-elles à l'État réservataire ?

b) Quelle que soit la réponse à la question précédente, l'État a-t-il le choix entre plusieurs types de réaction ?

⁴¹⁷ Voir *supra* par. 223.

⁴¹⁸ Voir l'opinion de sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire *Interhandel* (*supra* note 326), p. 112 à 116; voir aussi Edwards Jr., *loc. cit.*, p. 375.

⁴¹⁹ Dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne des droits de l'homme 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 (voir *supra* note 379). Et les motifs – exactement contraires – donnés par la Cour européenne des droits de l'homme à l'appui de sa décision dans l'affaire *Loizidou* sont pour le moins cavaliers à l'égard d'un État souverain dont la Cour met purement et simplement en doute les déclarations faites solennellement devant elle en procédure (voir *supra* par. 219).

⁴²⁰ Sauf dans l'hypothèse, difficile à imaginer concrètement, de la « divisibilité » (voir *supra* par. 220 à 223).

a. La force contraignante des constatations de l'organe de contrôle

234. Bien qu'elle semble controversée⁴²¹, 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 égard⁴²². 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 au paragraphe 234 ci-dessus.

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 États parties »⁴²³.

237. Si le Comité des droits de l'homme entendait par là qu'il lui incombe de prendre des décisions obligatoires pour les États 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 international relatif aux droits civils et politiques ou de l'article 5 du premier Protocole facultatif s'y rapportant n'ont certainement pas valeur juridiquement obligatoire⁴²⁴. « Constater » eut peut-être été plus exact mais il est certainement vrai que « [l]a nature juridiquement obligatoire de toute “détermination” faite par le Comité, que ce soit à ce sujet ou autrement, est douteuse »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 États parties au Pacte dans l'exercice de ses fonctions générales de surveillance de la mise en œuvre de cet instrument, mais il ne faut pas confondre « la compétence de faire quelque chose avec l'effet obligatoire de ce qui est fait »⁴²⁶.

⁴²¹ Voir *infra* par. 236 et suiv.

⁴²² Voir, par exemple, *infra* par. 241.

⁴²³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, par. 11, p. 137.

⁴²⁴ « La nature juridiquement obligatoire de toute “détermination” faite par le Comité, que ce soit à ce sujet ou autrement, est douteuse. » (Higgins, “Introduction”, note 7, p. xviii).

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ *Ibid.*, p. xxii.

238. Du reste, lorsqu'il a examiné le premier rapport des États-Unis, après l'adoption de l'observation générale n° 24, le Comité des droits de l'homme s'est borné à noter « avec regret l'étendue des réserves et des déclarations d'interprétation faites par l'État partie à l'égard du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] » 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 États-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 rapports de 1992 et 1994⁴²⁹ appellent les mêmes remarques : elles sont diverses et ne sauraient, de toute manière, 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 États 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 font⁴³⁰.

b. Les réactions attendues de l'État 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'État réservataire dont la réserve est déclarée illicite. Si un tel organe est doté de pouvoirs décisionnels, l'État doit s'y plier. Cette règle est cependant tempérée par deux éléments :

a) En premier lieu, il n'est pas absolument évident, en droit strict, qu'un État 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 relatifs aux droits de l'homme,

⁴²⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), vol. I, par. 279, p. 50.

⁴²⁸ 1406^e séance du Comité (CCPR/C/SR.1406, par. 3).

⁴²⁹ Voir *supra* note 84. « 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 » (A/47/628, 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 » (A/49/537, par. 30).

⁴³⁰ Voir Higgins, "Introduction", p. xviii, et, plus généralement, Nguyen Quoc, Daillier et Pellet, *op. cit.*, p. 372.

une telle éventualité n'est susceptible de se produire que rarement⁴³¹;

b) 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'État défendeur qu'à l'égard du ou des requérants⁴³².

242. Il convient cependant de ne pas attacher d'importance excessive à ces considérations strictement techniques : il n'est guère concevable qu'un État soucieux de respecter le droit – et de son image internationale – s'en tienne à une position aussi restrictive. Il en va ainsi 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 permettent⁴³³, et les États 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'État 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-ci⁴³⁴.

244. Deux options lui sont certainement ouvertes : a) le retrait pur et simple de la réserve, ou b) 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, si la réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité⁴³⁵, elle dénature celui-ci, le vide de sa substance, si bien qu'il est difficile de considérer que l'État réservataire

⁴³¹ Il pourrait cependant en aller ainsi si un État (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 américaine relative aux droits de l'homme. 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*.

⁴³² Voir la position de sir Humphrey Waldock (*supra* par. 205).

⁴³³ Voir, par exemple, Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, p. 238 ou Nguyen Quoc, Daillier et Pellet, *op. cit.*, p. 373 et 374.

⁴³⁴ Voir *supra* par. 228 à 231.

⁴³⁵ Bowett fait une distinction entre une réserve « fondamentalement incompatible avec l'objet et le but du traité » et une réserve simplement « irrecevable » (*op. cit.*, p. 77) et en tire la conséquence que seule la première est « entachée de nullité [absolue] et, si elle est dissociable, peut être écartée » (*ibid.*, p. 84). *Contra* : Redgwell, *loc. cit.*, p. 267 et 268.

a véritablement été partie au traité⁴³⁶. Cela 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'État à être lié⁴³⁷ 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'État 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, « exclure la mise en œuvre d'une obligation pour cause de réserve non valide revient en fait à donner pleine force et plein effet à la réserve »⁴³⁸. Cette affirmation appelle cependant deux observations :

a) Cet auteur se place ici dans l'hypothèse de la « divisibilité »⁴³⁹; or, ce qui est envisagé ici est différent : l'État renonce au bénéfice du traité dans son ensemble (ou retire la réserve contestée);

b) Dès lors, la décision de l'État réservataire de 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 réserves⁴⁴⁰, elle n'est pas satisfaisante et risque de compromettre l'objectif d'universalité, en incitant l'État réservataire à sortir du cercle conventionnel. La question se pose donc de savoir si cet État 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'État 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 Vienne de 1969 et 1986, la formulation d'une réserve n'est possible qu'« au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer ». Au surplus, la faculté de formuler une objection à une réserve est enfermée dans des délais limités par le paragraphe 5 de l'article 20.

249. L'objection ne paraît pourtant pas dirimante. D'une part, si l'on considère que l'État n'a, en réalité, jamais exprimé de consentement valide à être lié par le traité⁴⁴², 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 conventionnel⁴⁴³, l'État 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 c. Autriche* 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 Cour européenne des droits de l'homme 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 européenne des droits de l'homme⁴⁴⁵, ce pays, conformément d'ailleurs à une suggestion qu'il avait faite devant la Cour et que celle-ci n'avait pas retenue⁴⁴⁶, a formulé une nouvelle déclaration⁴⁴⁷, sans susciter, semble-t-il, ni objections ni protestations. Plus généralement du reste, on doit sans doute admettre que les États, 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 sens⁴⁴⁸.

⁴⁴³ Voir *supra* par. 228.

⁴⁴⁴ Arrêt du 25 août 1993 (*supra* note 333), p. 16 et 17. Le juge Valticos suggère en outre que toute nouvelle déclaration ou réserve soit soumise à la Cour européenne des droits de l'homme pour appréciation de validité; rien ne s'y oppose *de lege ferenda*, mais il faudrait pour cela qu'un texte exprès le prévoie, sauf à n'utiliser que la procédure de l'avis consultatif du Protocole n° 2 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, attribuant à la Cour européenne des droits de l'homme la compétence de donner des avis consultatifs.

⁴⁴⁵ Voir *supra* par. 219.

⁴⁴⁶ Voir Schabas, «Reservations to human rights treaties...», p. 76 et 77.

⁴⁴⁷ Conseil de l'Europe, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1988, vol. 31 (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993), 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 (voir Schabas, «Reservations to human rights treaties...», p. 77).

⁴⁴⁸ À 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 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes; le Secrétaire général a communiqué cette modification (voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* [*supra* note 282], chap. IV.8, p. 180, 186 à 189 et 190, note 20), sans susciter d'oppositions ou de critiques. (Voir 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, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion du 26 octobre 1961 [ibid., note 5, p. 698]).

⁴³⁶ Indépendamment de l'hypothèse évoquée dans la note 435, 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 Voir *supra* par. 213.

⁴³⁸ Macdonald, *loc. cit.*, p. 449.

⁴³⁹ Voir *supra* par. 222.

⁴⁴⁰ Voir *supra* par. 90 à 98.

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

⁴⁴² Voir *supra* par. 245.

Conclusion : la coexistence des mécanismes de contrôle

252. En conclusion, il apparaît que :

a) Si les traités relatifs aux 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 œuvre a une influence sur les modalités du contrôle de la licéité des réserves;

b) 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;

c) 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 relatifs aux 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 Vienne de 1969 et 1986;

d) 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 États doivent examiner ces constatations de bonne foi et, le cas échéant, remédier aux illicéités constatées;

e) Les organes de contrôle de la licéité des réserves, quels qu'ils soient, ne peuvent se substituer à l'État 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 manière il convient de mettre fin au vice qui affecte l'expression de son consentement du fait de l'illicéité de la réserve;

f) Cette « mise en conformité » peut se traduire par le retrait pur et simple de la réserve illicite ou par sa modification.

CONCLUSIONS

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 premier rapport 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 CDI 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. Quoique l'on ait dit ou écrit à ce propos, cet objectif d'équilibre est universel. Quel que soit son objet, un traité demeure un traité et exprime la volonté des États (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'accommoder du régime existant.

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

a) En premier lieu, on ne saurait nier que le droit ne s'est pas figé en 1951 ou 1969⁴⁴⁹; 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;

b) 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 conventionnelle, 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 relatifs aux 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 de 1969 et 1986 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 œuvre du régime des réserves qu'ils ont consacré. À 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

⁴⁴⁹ Voir le premier rapport du Rapporteur spécial (*supra* note 2), par. 161 et 162, p. 166.

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 codification⁴⁵⁰ en adoptant une résolution à l'intention de l'Assemblée générale que celle-ci voudra peut-être porter à l'attention des États 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.

PROJET DE RÉSOLUTION DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL SUR LES RÉSERVES AUX TRAITÉS MULTILATÉRAUX NORMATIFS, Y COMPRIS AUX TRAITÉS RELATIFS AUX 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 d'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 susmentionnées sont pleinement applicables aux réserves à ces instruments;

4. *Considère néanmoins* que la création par de nombreux traités relatifs aux 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 États;

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, d'autre part, 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'État 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'État peut soit renoncer à devenir partie, soit retirer sa réserve ou la modifier de façon à remédier à l'illicéité constatée;

7. *Appelle* les États 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 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 États et des organes qui pourraient avoir à contrôler la licéité de ces réserves.

⁴⁵⁰ Voir l'article premier du statut de la CDI.