

Document:-
A/CN.4/SR.2501

Compte rendu analytique de la 2501e séance

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

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1997, vol. I

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

d'accepter les procédures appliquées par la Commission des droits de l'homme et la Cour des droits de l'homme, c'est parce que cela fait partie du système de flexibilité mis en place. Il est impossible d'accepter une théorie des réserves dans laquelle les États ne peuvent réagir que de façon laxiste mais ne peuvent pas réagir dans le contexte de l'acceptation du régime spécial, que l'Europe du moins, mais aussi le système interaméricain, commencent à consacrer.

85. En tout état de cause, les traités relatifs aux droits de l'homme sont différents sur un point crucial : lorsque des États acceptent un traité relatif aux droits de l'homme, ils acceptent de ne pas se conduire de telle ou telle façon vis-à-vis de particuliers et il est aberrant de dire qu'ils peuvent accepter que ce comportement puisse varier selon qu'il est pratiqué à l'encontre d'un État ou d'un autre. La CIJ n'a pas accepté que des États soient autorisés à commettre un génocide dans le cas de l'État A mais pas dans le cas de l'État B. Ils n'ont tout simplement pas été autorisés à commettre le génocide : non pas parce que le génocide relève du *ius cogens*, un concept qui n'avait pas encore été inventé à l'époque, mais tout simplement parce que telle est la nature de l'obligation. La nature des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme est donc une question préliminaire. Il s'agit de définir l'obligation que tel ou tel État pourrait avoir contracté et si d'autres États pourraient avoir ou non qualité pour faire des objections à propos de ces obligations. Une obligation fondamentale dans le domaine des droits de l'homme doit être unitaire; elle ne peut pas tout simplement être divisée à la façon des obligations qui ont trait au traitement des diplomates, aux valises diplomatiques et aux autres mécanismes interétatiques. Il se peut que cette caractéristique particulière des traités relatifs aux droits de l'homme ait un rôle à jouer dans l'évolution du système général des réserves.

La séance est levée à 13 h 5.

2501^e SÉANCE

Vendredi 27 juin 1997, à 10 h 5

Président : M. João Clemente BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodriguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam.

Les réserves aux traités (*suite*) [A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478¹, A/CN.4/479, sect. D, A/CN.4/L.540]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre le débat sur le chapitre II du deuxième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4.478).

2. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA renouvelle au Rapporteur spécial ses éloges pour la qualité et l'intensité de son travail, qui ont d'ailleurs été unanimement saluées. Il faut reconnaître, cependant, que la densité et la technicité du chapitre II, même s'il se veut plus concret que le chapitre I examiné à la quarante-huitième session², ne contribuent pas à la clarification d'un sujet considéré à juste titre comme complexe. Le Rapporteur spécial aurait peut-être pu faciliter la tâche des membres de la Commission par un plus gros effort de synthèse.

3. Pour ne pas compliquer lui-même les choses, M. Pambou-Tchivounda s'en tiendra au plan de discussion souhaité par le Rapporteur spécial (2487^e séance) et axera plus spécialement ses observations sur la question de l'unicité ou de la diversité des règles de Vienne relatives aux réserves, eu égard notamment à la spécificité des traités normatifs. Sur cette question, il se demande si le cadrage retenu par le Rapporteur spécial est véritablement approprié, et s'il a eu raison d'exclure du champ de son étude les traités dits « restreints », visés au paragraphe 2 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969, dont il estime qu'ils font l'objet d'un traitement à part sur le plan des réserves. Bien qu'ils soient « restreints » à un cercle limité de parties, ces traités n'en sont pas pour autant des traités bilatéraux; ce sont bel et bien des traités multilatéraux à l'exemple de certains grands traités en matière de désarmement qui peuvent, en fait, établir une réglementation générale et objective et il convient de noter que la Convention de Vienne de 1969, au paragraphe 2 de son article 20 susmentionné, relie directement le critère du nombre restreint des parties à celui de l'objet et du but du traité par l'emploi de la locution conjonctive « ainsi que ». Ce second critère est donc bien considéré comme complémentaire du premier et on peut se demander s'il ne lui est pas hiérarchiquement supérieur. Il n'est par conséquent pas évident que les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 règlent une fois pour toutes la question des réserves dans le cas des traités à caractère restreint et il ne serait sans doute pas inutile de les préciser, voire de les compléter à cet égard. La Commission semble être le cadre approprié pour se pencher sur ce problème et, dans cette optique, la section A.1 du chapitre II du rapport à l'examen aurait peut-être gagné à être plus nuancé.

4. L'orateur regrette aussi que le Rapporteur spécial n'ait pas poussé plus loin son analyse du rôle des organisations internationales, abordé tardivement dans la section B.2 du chapitre II. D'un triple point de vue, parce

¹ Voir *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie).

² Voir 2487^e séance, note 3.

qu'elles peuvent être aussi bien parties à un traité multilatéral normatif, qu'auteurs de réserves ou « gestionnaires » de celles émanant des autres parties, les organisations internationales sont des acteurs avec lesquels il faut compter dans la perspective d'un possible éclatement des règles de Vienne. En matière de réserves, les motifs qui déterminent leur politique sont à l'évidence différents de ceux qui animent les États, car leurs attributs ne sont pas les mêmes. Les organisations internationales paraissent donc constituer un facteur de relativisation de l'apparente « homogénéité » des règles de Vienne.

5. Par ailleurs, les traités multilatéraux constituant une catégorie très hétérogène, le régime de Vienne pourrait bien se révéler, à l'épreuve des faits, inadapté à certains d'entre eux même s'il a été conçu à l'origine pour être d'application générale.

6. Certes, il ressort clairement du préambule de la Convention de Vienne de 1969 que, dans l'esprit des auteurs, les règles codifiées, même si elles demeuraient supplétives, étaient censées avoir une valeur normative; c'est le traité international en tant que genre que l'on cherchait à réglementer, compte tenu de son « rôle fondamental [...] dans l'histoire des relations internationales ». Toutefois, cette approche formelle occulte le fait que les traités, qu'ils soient normatifs ou synallagmatiques, sont et restent le produit d'un rapport de force qui a une incidence sur toutes leurs clauses, y compris les plus substantielles. Ce rapport, même s'il n'est pas immuable (d'où l'article 62 consacré au changement fondamental de circonstances) est constamment sous-jacent, et c'est lui seul qui donne sens et contenu concrets aux notions élastiques d'objet ou de but du traité. Si l'on considère qu'il y a autant « d'objets » que de traités, y compris en matière de droits de l'homme, la sauvegarde de ces « objets » — qui constitue naturellement un élément central du régime des réserves — commande, à son avis, l'aménagement de régimes différenciés. Du fait de leur caractère supplétif, les règles de Vienne ne s'y opposent évidemment pas. Mais si l'on veut leur conserver leur valeur de régime de référence, il faudrait peut-être les développer en tenant compte des signaux d'alarme donnés, notamment, par les organes de contrôle en matière de droits de l'homme.

7. Différentes solutions peuvent être envisagées. Faut-il, par exemple, y aménager des seuils quantitatifs ? Faut-il limiter le pouvoir discrétionnaire des parties dans la définition du contenu des réserves ? (Il est probable que les États jaloux de leur souveraineté y consentiraient difficilement.) Faut-il, enfin, dissocier le couple objet et but du traité ? M. Pambou-Tchivounda n'a pas la réponse à ces questions, mais croit utile de les poser.

8. Le Rapporteur spécial, résumant le débat sur les sections A et B du chapitre II de son deuxième rapport, dit que les réactions des membres de la Commission ont été très instructives, même si certaines remarques lui ont semblé se rapporter davantage au chapitre I qu'au chapitre II.

9. En ce qui concerne tout d'abord les problèmes de méthode, il tient à rassurer M. Lukashuk : loin d'être déchiré par les critiques formulées sur son travail, il apprécie que les membres de la Commission lui apportent un éclairage différent sur des problèmes qu'il ne consi-

dère peut-être plus avec suffisamment de recul à force d'en examiner de près chaque détail.

10. C'est donc bien volontiers qu'il a commencé à nuancer certains de ses points de vue à la lumière des commentaires entendus. Toutefois, il n'accédera pas à la demande de M. Lukashuk (2500^e séance) d'accélérer ses travaux et de s'engager à les terminer à tout le moins dans un délai de quatre ans. La documentation sur le sujet est énorme et il est impossible d'aller plus vite. M. Dugard (ibid.) lui a du reste reproché de ne pas avoir donné suffisamment de détails sur les positions des organes compétents en matière de droits de l'homme et M. Pambou-Tchivounda (2487^e séance) aurait souhaité qu'il analyse de manière plus approfondie la question des traités restreints.

11. Quant à la suggestion faite par MM. Simma et Brownlie (2500^e séance) d'instituer une coopération avec les organes de défense des droits de l'homme, compte tenu de l'importance du problème des réserves aux traités dans ce domaine, elle lui paraît excellente et tout à fait dans l'esprit de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 17 du statut de la Commission. Il souhaite faire à cet égard une proposition qui consisterait à transmettre auxdits organes, pour commentaires, le projet de résolution figurant à la fin de son deuxième rapport, après que ce projet, dûment révisé par le Comité de rédaction, aurait été adopté en première lecture par la CDI, dans la forme qu'elle jugerait appropriée.

12. Passant ensuite aux problèmes de fond, le Rapporteur spécial note que MM. He, Ferrari Bravo, Brownlie et Crawford (ibid.) sont revenus sur la question des réserves aux traités bilatéraux. Même si l'on ne peut pas, d'un point de vue technique, parler véritablement de « réserves » dans ce cas, il reconnaît que le problème ne s'en pose pas moins et devrait effectivement être étudié plus avant.

13. Il tient aussi à rassurer entièrement MM. Addo et He sur le fait qu'il n'a nullement l'intention de négliger les problèmes posés par les déclarations interprétatives, comme le montre d'ailleurs le schéma général provisoire de l'étude qu'il propose dans le chapitre I. Cette question est par ailleurs abordée à la fin de la section B.2, ainsi que dans le questionnaire³ qu'il a établi à l'intention des États et des organisations internationales et dont il espère que les membres précités ont reçu un exemplaire.

14. Le Rapporteur spécial se félicite de ce que les remarques faites par certains membres lui donnent l'occasion de prendre du recul et de se placer sur le terrain de la philosophie juridique. Ces remarques concernent, d'une part, le fondement politique du droit international et, d'autre part, les rapports entre le droit international général et les systèmes régionaux.

15. Pour ce qui est du fondement politique du droit international, il a été surpris de certains propos laissant entendre qu'il aurait une approche hostile à celle du Tiers monde et que son rapport refléterait une vision du droit international propre aux grandes puissances. Le malentendu résulte peut-être d'une de ses interventions (ibid.) à

³ Ibid., note 16.

propos du nombre de réserves émises respectivement par les pays du Tiers monde et par les États occidentaux en matière de droits de l'homme. Il a pu entre-temps vérifier, dans les *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*⁴ que ce nombre est plus élevé pour les premiers que pour les seconds, mais il tient surtout à préciser quelle était alors son intention. Ce qu'il a voulu dire, c'est que l'idéologie des droits de l'homme est globalement d'origine occidentale et que, soit pour des raisons idéologiques, soit pour des motifs tenant à leur degré de développement, les États du Tiers monde éprouvent des difficultés pour appliquer dans leur intégralité les instruments relatifs aux droits de l'homme. D'où le recours à la technique des réserves, ce qui montre que ces États considèrent sérieusement les traités auxquels ils adhèrent. Incidemment, il observe qu'il n'est pas très élégant de reprocher à un rapporteur spécial les errements de son propre pays et rappelle que, en l'occurrence, il n'est pas le dernier à critiquer la France lorsque celle-ci lui paraît le mériter; en outre à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale, la France a sans doute été l'État le plus critique à l'égard de son rapport durant le débat à la Sixième Commission.

16. Envisageant le problème de manière plus fondamentale, le Rapporteur spécial tient à dire qu'il est d'accord avec plusieurs membres sur les arrière-pensées, ou les stratégies, politiques des États lorsqu'ils font des réserves ou rédigent des traités. Cela vaut aussi pour la Convention de Vienne de 1969, y compris les clauses relatives aux traités dont M. Hafner (ibid.) a souligné à juste titre qu'elles avaient été adoptées dans le cadre d'un compromis de dernière minute. Ce compromis, qualifié de « boiteux » par un membre, a néanmoins permis au système de fonctionner de manière satisfaisante, ce qui est attesté par le solide consensus existant au sein de la Sixième Commission pour considérer qu'il ne faut rien y changer. Une telle intrusion de la politique autorise dans une certaine mesure à dire que les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969 sont le reflet du droit international vu par les grandes puissances, mais cette affirmation vaut également pour toutes les règles de droit international qui sont, de fait, engendrées par les rapports de force dont a parlé l'orateur précédent. Toutefois — c'est ce qui fait la spécificité du droit — il ne faut pas exagérer la portée de cette constatation puisque la norme une fois adoptée s'applique à tous, y compris aux grandes et aux très grandes puissances. Enfin, le Rapporteur spécial souligne que l'attachement au régime de Vienne n'est nullement le fait des seules grandes puissances ou des pays industrialisés, dans les rangs desquels s'expriment au contraire quelques doutes, alors que ce sont les États du Tiers monde qui semblent tenir le plus à ce régime.

17. Le second problème fondamental, abordé par M. Brownlie et auquel le Rapporteur spécial reconnaît n'avoir peut-être pas prêté une attention suffisante dans son rapport, concerne la manière dont la Commission devrait prendre en compte les tendances qui se manifestent au niveau régional. Sur un plan général et théorique, le droit international général est enrichi par l'apport des innovations régionales, par exemple celui de la pratique

latino-américaine aux règles applicables aux réserves. À l'inverse, lorsque cette osmose ne se produit pas, force est d'admettre que les règles régionales peuvent déroger aux normes universelles en vertu, *mutatis mutandis*, du principe *specialia generalibus derogant*. Pour ce qui est plus précisément des réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme, le Rapporteur spécial pense que la Commission doit avoir à l'esprit les pratiques des organes régionaux qui, sous l'angle du développement progressif notamment, peuvent présenter un grand intérêt. Cela étant, sur le fond des règles applicables, on ne saurait prétendre que les organes de contrôle, de caractère régional ou universel, aient en quoi que ce soit récuser le régime de Vienne.

18. Le Rapporteur spécial examine ensuite les positions prises par les membres de la Commission sur les questions qui faisaient l'objet du débat, à savoir l'unité ou la diversité des règles applicables aux réserves d'une part, leur adaptation aux réserves aux instruments en matière de droits de l'homme d'autre part.

19. Le Rapporteur spécial a tout d'abord noté les fermes convictions « unitaires » exprimées notamment par M. Addo, dont les remarques sur les difficultés pratiques qu'il rencontre en tant que juriconsulte du Ministère des affaires étrangères de son pays confirment la nécessité, non pas de modifier, mais de préciser, de compléter et de clarifier les règles de droit commun existantes, ainsi que l'opportunité d'insérer des clauses expresses en ce sens dans tous les traités à venir. Le Rapporteur spécial partage en outre, dans l'abstrait, l'idée de M. Crawford que le régime général doit — et peut — permettre l'éclosion de régimes particuliers; en pratique cependant, il a tendance à penser que ce n'est pas actuellement le cas au plan normatif, le régime de Vienne bénéficiant au moins dans ses grandes lignes d'un appui universel, y compris de la part des organes chargés de veiller à l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme.

20. Ce sont sans doute MM. Simma et Dugard qui ont exprimé l'avis le plus critique à l'égard du régime de Vienne en se faisant les défenseurs de la « voix des droits de l'homme »; tout en concédant que le régime des réserves était sans doute unique en droit positif, tous deux ont fait valoir qu'il n'était pas pour autant satisfaisant en matière de droits de l'homme et que cette unité « faute de mieux » devait être remise en cause. Ce discours généreux, moralement et politiquement, est séduisant, mais le Rapporteur spécial comprend mal comment ses auteurs souhaitent le traduire concrètement en règles juridiques. En effet, sur le plan normatif, le Rapporteur spécial fait trois séries de constatations.

21. Tout d'abord, ni M. Simma ni M. Dugard ne contestent sérieusement le fait que les organes de contrôle des traités en matière de droits de l'homme appliquent les règles de Vienne et ils n'ont jamais remis en cause leur bien-fondé, en premier lieu celui de l'alinéa c de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, c'est-à-dire le principe essentiel du respect de l'objet et du but du traité. Deuxièmement, il est exact, comme l'a relevé M. Simma, que la Convention de Vienne de 1969 ne règle pas le problème fondamental du sort des réserves contraires à l'objet et au but du traité — problème que la Commission devra résoudre dans la suite de ses travaux —

⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.97.V.5 (ST/LEG/SER.E/15).

mais le Rapporteur spécial souligne que cette lacune n'est nullement propre au domaine des droits de l'homme et que le problème se pose dans les mêmes termes pour tous les autres traités multilatéraux. Troisièmement, M. Simma, appuyé par M. Crawford, a fait valoir que, en revanche, les problèmes posés par l'application de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969 étaient propres aux réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme en ce que la non-application d'une disposition conventionnelle en matière de droits de l'homme ne pouvait entraîner de conséquences concrètes puisque l'État objectant n'en restait pas moins tenu d'appliquer la disposition écartée. Le Rapporteur spécial ne conteste pas ce point, mais pense y avoir apporté un début de réponse à la section B.3.b du chapitre II de son rapport et dans sa présentation orale. M. Hafner y a ajouté un argument supplémentaire d'un grand poids, au moins sous l'angle explicatif, en montrant que, malgré tout, le mécanisme de l'article 21 organisait une sorte de système de réciprocité, même pour les traités normatifs, en ce qu'il privait les États réservataires et objectants de la possibilité d'invoquer la norme faisant l'objet de la réserve. Enfin, en admettant même, ce qui semble exact, qu'il n'y ait pas de réciprocité possible en matière de réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme, force est de constater que personne ne souhaite revenir à la loi du talion et que tenter de modifier la Convention de Vienne de 1969 pour instituer une sorte de réciprocité constituerait en fait une régression.

22. Pour ce qui est de trois autres points soulevés par M. Hafner, le Rapporteur spécial prend tout d'abord acte du fait que celui-ci conteste l'assimilation, effectivement trop générale, qu'il a faite entre traités normatifs et traités-lois, tout comme il est prêt à prendre en compte les remarques de M. Pambou-Tchivounda sur les particularités des traités restreints et des actes constitutifs d'organisations internationales qu'il reconnaît avoir étudiés un peu rapidement. En deuxième lieu, s'il est exact que le paragraphe 5 de l'article 60 a été introduit dans la Convention de Vienne de 1969 lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités⁵, il n'en est pas moins vrai que le problème des instruments relatifs aux droits de l'homme, évoqué par intermittence devant la Commission, n'a pas été absent des travaux préparatoires. Enfin, il reconnaît que M. Hafner a ouvert une piste extrêmement féconde et intéressante en soulignant que le problème des réserves contraires à l'objet et au but du traité se posait dans les mêmes termes que celui des réserves interdites par le texte même du traité; il fait toutefois observer que, là encore, le problème n'est pas propre aux instruments relatifs aux droits de l'homme.

23. Le Rapporteur spécial a écouté avec intérêt l'intervention de M. Ferrari Bravo (2500^e séance), mais il n'est pas entièrement convaincu que chaque situation exige une réglementation ad hoc car une telle approche serait la négation même du droit international général.

24. En conclusion, le Rapporteur spécial reconnaît avoir été quelque peu ébranlé par le scepticisme de M. Simma quant au bien-fondé du recours au procédé des clauses types pour résoudre les problèmes que celui-ci croit avoir décelés en matière de droits de l'homme, du fait, selon lui,

que la grande période d'adoption des instruments relatifs aux droits de l'homme est terminée. Cette dernière proposition est sans doute exacte mais, si les instruments existants en l'espèce posaient vraiment de graves problèmes, ils pourraient toujours être amendés. Surtout, le Rapporteur spécial ne perçoit pas ce que la Commission pourrait faire sur le plan normatif, s'agissant des instruments en vigueur car, comme l'a fort bien dit M. Kateka (2500^e séance), les relations conventionnelles sont fondées sur la libre volonté des parties concernées.

25. Le Rapporteur spécial ajoute qu'il est disposé, avant de passer à la présentation de la dernière partie de son deuxième rapport, à assister, et éventuellement participer, à un débat sur son résumé.

26. M. LUKASHUK se dit pleinement satisfait des explications données par le Rapporteur spécial, en particulier sur le caractère préliminaire du projet de résolution qui fera l'objet d'un débat avant d'être transmis à la Commission des droits de l'homme. Il tient par ailleurs à donner des précisions purement factuelles sur la nature du compromis intervenu à propos de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, que l'on ne saurait qualifier de *package deal*. En fait, la délégation des États-Unis d'Amérique avait accordé son appui au texte élaboré par la CDI qui revenait à dire que « des réserves ne peuvent être émises sauf si », alors que la délégation de l'ex-Union soviétique appuyait la formule qui est devenue celle de la Convention de Vienne de 1969, à savoir qu'« un État [...] peut formuler une réserve, à moins que ». Autrement dit, le compromis faisait déjà partie de l'essence du texte.

27. M. CRAWFORD se félicite de la proposition du Rapporteur spécial concernant la procédure applicable au projet de résolution. Si, effectivement, la Commission décide de consulter les organes compétents en matière de droits de l'homme, il lui sera plus facile de défendre sa position. D'un point de vue général, il estime que les travaux futurs de la Commission exigeront davantage de concertation et de collaboration avec d'autres organes des Nations Unies dont beaucoup revendiquent, à tort ou à raison, une sorte de monopole dans leur domaine. Or, un moyen de maintenir l'intégration du droit international est de défier ce monopole, notamment par la concertation.

28. M. BENNOUNA dit que, dans la présentation de l'ensemble du sujet par le Rapporteur spécial, il ne décèle aucune perspective opérationnelle. Il ne comprend pas pourquoi, en particulier, en partant de l'idée qu'il faut faire des propositions aux États pour remédier à certaines lacunes du système de Vienne, le Rapporteur spécial dévie sur la question des instruments relatifs aux droits de l'homme avant de proposer la procédure tout à fait inhabituelle d'une résolution, ce qui revient à se débarrasser en cours de route de la question des droits de l'homme. Il faut, au contraire, maintenir une unité dans le traitement du sujet, et abandonner le projet de résolution pour revenir à la procédure opérationnelle habituelle de la Commission, en consultant le cas échéant les experts et les organes compétents, mais sans se limiter à un simple exercice doctrinal.

29. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant la section C.2 du chapitre II de son deuxième rapport, dit que, bien que la question du rôle des organes de contrôle de

⁵ Voir 2499^e séance, note 14.

l'application des traités en matière de réserves soit certainement la plus controversée des questions abordées dans son deuxième rapport, il entend néanmoins s'efforcer d'être assez bref en se bornant à en résumer brièvement les grandes lignes. Ce faisant, il insistera sur quelques nuances qu'il lui semble d'ores et déjà utile d'apporter à son rapport, à la lumière de certaines lectures et surtout des débats qui ont eu lieu à la Commission à sa quarante-huitième session, en 1996, et de ceux de la Sixième Commission, observation valable également pour le projet de résolution qu'il propose.

30. Le Rapporteur spécial rappelle que, ainsi qu'il l'a dit à la quarante-huitième session, deux thèses extrêmes s'opposent en la matière. Pour les uns, les organes de surveillance et de contrôle de l'exécution des instruments relatifs aux droits de l'homme n'auraient aucun pouvoir d'appréciation de la licéité des réserves. Dès lors qu'une réserve a été formulée, ils auraient l'obligation d'en tirer les conséquences sans s'interroger sur son admissibilité ou sa validité. Telle est la position des trois États qui ont critiqué l'observation générale n° 24 (52)⁶ du Comité des droits de l'homme et telle a été la position traditionnelle du Conseiller juridique de l'ONU et des organes de défense des droits de l'homme eux-mêmes, jusqu'au début des années 80 s'agissant des organes régionaux européens et interaméricains, et jusqu'au début ou au milieu des années 90 en ce qui concerne les organes à vocation universelle. C'est aussi la position qu'adoptent certains auteurs. Pour les autres, au contraire, et tout d'abord pour les organes compétents plus récemment et les auteurs spécialistes des droits de l'homme, ces organes ont le droit et le devoir non seulement de contrôler la licéité des réserves mais encore d'en tirer toutes les conséquences, y compris de décider que l'État dont la réserve est illicite est lié par le traité dans son ensemble, y compris par la ou les dispositions sur laquelle ou lesquelles porte la réserve.

31. De l'avis du Rapporteur spécial, ni l'une ni l'autre de ces positions extrêmes n'est satisfaisante, et ce, non du point de vue de l'opportunité — à cet égard la position des spécialistes des droits de l'homme aurait sa préférence — mais sur le terrain du raisonnement purement juridique. En droit, en effet, les « bonnes » réponses lui paraissent être les suivantes. Premièrement, les organes de défense des droits de l'homme ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier la licéité des réserves formulées par les États, une appréciation qui doit être faite sur la base des clauses de réserve figurant dans le traité s'il en contient, du régime de Vienne s'il n'en contient pas; sur ce point, le Rapporteur spécial partage sans hésitation les positions maintenant presque unanimes de ces organes eux-mêmes, qui ont trouvé des échos favorables de la part de certains États, en particulier l'Allemagne et l'Autriche, lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission. Deuxièmement, le Rapporteur spécial demeure en revanche convaincu que là s'arrêtent les compétences de ces organes et qu'ils ne peuvent s'arroger le droit de décider que l'État qui a formulé la réserve illicite est lié par le traité dans son ensemble.

32. Pour le Rapporteur spécial, une précision s'impose à ce stade — avant de revenir sur les raisonnements qui,

selon lui, justifient sa position — quant à la raison pour laquelle c'est au sujet des réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme que le problème se pose. D'une part, ce sont ces instruments qui, couramment aujourd'hui, instituent le plus communément des organes de surveillance et de contrôle et, d'autre part, ce sont ces organes qui, depuis quelques années, ont le plus nettement posé le problème. Mais ceci ne veut pas dire que ce problème soit propre aux réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme. Ce n'est pas parce qu'il s'agit de droits de l'homme que le problème se pose, mais parce que ces instruments créent des organes chargés de veiller à leur mise en œuvre. Il pourrait en aller de même dans d'autres domaines, par exemple dans celui du désarmement ou de la maîtrise des armements, ou dans celui de l'environnement.

33. On peut même aller plus loin : à l'occasion d'un différend entre États relatif à l'application d'un traité, le problème peut se poser de savoir si la réserve d'une des parties à ce traité est ou non valide, sans que cela soit l'objet même du différend; tel a été le cas, par exemple, dans le contentieux qui a opposé la France au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord dans l'affaire des *îles Anglo-Normandes*⁷. En l'espèce, la question paraissait se poser dans des termes assez voisins de celle à l'examen. En effet, l'organe chargé du règlement du différend, qui peut avoir un pouvoir de décision — par exemple s'il s'agit de la CIJ statuant au contentieux ou d'un tribunal arbitral — ou ne pas avoir un tel pouvoir — dans le cas d'une commission de conciliation, de médiation ou de la CIJ en matière consultative —, peut-il apprécier la licéité de la réserve ? Pour le Rapporteur spécial, la réponse est évidemment affirmative. L'organe saisi peut et doit, dans le cadre d'une sorte d'exception d'illicéité, apprécier la régularité de la réserve, faute de quoi il ne pourrait s'acquitter de sa mission qui est de trancher le différend conformément au droit international, c'est-à-dire conformément au traité, certes tel qu'il a été ratifié, mais à condition que cette ratification, réserves comprises, soit conforme au droit international et donc que les réserves soient licites.

34. Ce raisonnement peut, *mutatis mutandis*, être transposé en ce qui concerne les compétences des organes de droits de l'homme, ou, plus généralement, les compétences de tous les organes de surveillance de la mise en œuvre de traités quels qu'ils soient. Ces organes sont créés par les parties, volontairement et consciemment, pour s'assurer que les États s'acquittent effectivement des obligations leur incombant en vertu du traité tel que celui-ci est en vigueur à leur égard, réserves comprises. Encore faut-il que celles-ci soient licites, faute de quoi elles ne peuvent s'appliquer, sauf à considérer le droit international comme une vaste plaisanterie !

35. Ceci étant, ces organes de contrôle ne sauraient bien évidemment bénéficier, en matière d'appréciation de la licéité des réserves, de plus de compétences qu'ils n'en ont pour ce qui de leur principal domaine de responsabi-

⁶ Voir 2487^e séance, note 17.

⁷ Affaire de la *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. 130 et 339.

lité. S'ils ont, comme la CIJ au contentieux, des pouvoirs de décision, ils peuvent décider si la réserve est ou non licite et en tirer les conséquences aux fins du règlement du différend qui leur est soumis. S'ils n'ont que des pouvoirs consultatifs ou de recommandation, ils peuvent prendre position sur la licéité de la réserve, mais cette position n'aura pas force obligatoire à l'égard de l'État réservataire (ni d'ailleurs des autres États parties); ces États devront examiner de bonne foi l'avis qui leur aura été donné ou la recommandation qui leur aura été faite, mais cet avis ou cette recommandation ne s'imposera pas à eux avec force obligatoire. Rien dans la pratique des tribunaux arbitraux — affaire des *îles Anglo-Normandes* —, de la CIJ ou des organes de droits de l'homme, que ce soit au plan régional ou au niveau universel — y compris l'observation générale n° 24 (52) du Comité des droits de l'homme —, ne contredit ceci et le Rapporteur spécial indique à cet égard qu'il partage leur position. C'est ensuite, en aval, qu'il a plus de mal à les comprendre, bien qu'ayant été amené, comme il l'a dit au début de son intervention, à nuancer quelque peu ses positions par rapport à l'année précédente.

36. Que doit-il se passer si, et une fois que, l'illicéité d'une réserve a été constatée ? En gros, pour les organes de droits de l'homme, l'État dont la réserve est déclarée illicite doit être réputé lié par le traité dans son intégralité, réserve exclue. Pour le Rapporteur spécial, cette position n'est pas soutenable. En effet, par définition, un traité est un instrument consensuel qui ne tire sa force que de la volonté de l'État, telle qu'elle était exprimée par celui-ci « par la signature, l'échange d'instruments constituant un traité, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion, ou par tout autre moyen convenu », aux termes de l'article 11 de la Convention de Vienne de 1969. Mais, bien entendu, les réserves éventuelles sont substantielles à l'expression du consentement. L'État accepte le traité, mais avec la ou les réserves dont il assortit son consentement. Et ceci peut être la condition absolue de ce consentement, une condition qui peut être posée par son parlement, par sa constitution ou par des raisons impérieuses de politique intérieure.

37. Or, ceci seul l'État peut le savoir. Ne le sachant pas, en principe, les organes de contrôle ou de surveillance s'arrogent le droit d'imposer à un État un traité dont, tout bien pesé, celui-ci ne « veut » pas, et ce n'est plus de traité qu'il faut parler, mais d'une véritable législation internationale. Pour le Rapporteur spécial, la société internationale n'est pas mûre pour cela, et il n'est même pas certain que cela soit souhaitable : pourquoi en effet, des experts, aussi estimables soient-ils, sauraient-ils mieux que les gouvernements ce qui est bon pour les États et pour leurs peuples ? Quelle serait la légitimité de telles décisions ? Il n'y a pas de gouvernement mondial et, si on peut le regretter, cela aussi est un fait. Veut-on un despotisme bureaucratique à l'échelle mondiale ?

38. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il a indiqué, au début de son intervention, qu'il avait quelque peu changé d'avis depuis qu'il avait établi son rapport, et c'est sur un point qui n'est pas anodin : il lui semble en effet — et c'est un peu ce qu'a soutenu M. Brownlie (2500^e séance) — que les observations qui précèdent ne s'appliquent peut-être pas aux organes régionaux de défense des droits de l'homme, en tout cas lorsque ceux-ci sont investis de

pouvoirs de décision obligatoire. Après tout, en effet, dans les cadres européen et interaméricain, les solidarités sont plus fortes qu'au plan universel et les États de ces régions ont créé des mécanismes qui traduisent ces solidarités « extraordinaires » en leur donnant des pouvoirs étendus qui, en pratique, semblent être acceptés par ces États. Néanmoins, même dans de tels cadres, on peut avoir des doutes sur le bien-fondé, par exemple, de la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la Turquie dans l'affaire *Loizidou*⁸; le Rapporteur spécial relève à cet égard que la Suisse elle-même ne s'est résignée qu'après bien des hésitations à demeurer partie à la Convention de Rome après les affaires *Belilos*⁹ et *Weber*¹⁰, ce qui montre que l'évolution n'est peut-être pas acquise. Quoi qu'il en soit, en dernière analyse, le problème ne se pose pas, ou ne se pose plus, dans les mêmes termes aux plans régionaux européen et interaméricain, et il y aurait sans doute lieu de nuancer sur ce point le paragraphe 6 à la fin du rapport.

39. Le Rapporteur spécial se dit par contre convaincu que les solutions régionales ne sont pas transposables au plan universel et à des organes qui, comme le Comité des droits de l'homme, n'ont pas de compétence obligatoire à l'égard des États. Rien ne justifie l'affirmation contenue dans le paragraphe 18 de l'observation générale n° 24 (52) du Comité des droits de l'homme, selon laquelle si le Comité juge qu'une réserve est illicite, celle-ci doit être considérée comme « dissociable, c'est-à-dire que le Pacte s'appliquera à l'État qui en est l'auteur, sans bénéficier de la réserve ». À défaut d'exception coutumière régionale, acceptée comme étant le droit, une telle prétention est contraire au droit international général. En effet, si une réserve est illicite, c'est à l'État qui en est l'auteur qu'il appartient d'en tirer les conséquences. Quant à savoir quelles sont ces conséquences, exposées à la fin de la section C.2.b du chapitre II du rapport à l'examen, on peut les résumer comme suit. Premièrement, l'État réservataire peut ne rien faire si, comme c'est le cas de la totalité des organes existants au plan universel, ceux-ci n'ont pas de pouvoirs contraignants. On attend néanmoins d'un État respectueux du droit qu'il ne se comporte pas ainsi, même en l'absence d'obligation juridique *stricto sensu*. Deuxièmement, l'État peut, c'est évident, retirer purement et simplement sa réserve, et le problème est ainsi réglé. Troisièmement, il peut aussi cesser de participer au traité, un traité auquel, à vrai dire, il n'a jamais été partie puisque son consentement était vicié par l'illicéité de sa réserve. Quatrièmement, enfin, il y a une autre possibilité, qui semble plus satisfaisante et juridiquement fondée malgré quelques difficultés : elle consiste pour l'État réservataire à « régulariser » sa situation, c'est-à-dire à remplacer sa réserve illicite par une réserve licite, plus limitée. Cela n'est pas une nouveauté, et c'est ce qu'ont fait la Suisse et le Liechtenstein après l'arrêt dans l'affaire *Belilos*. Il existe d'autres exemples de « substitution de réserves » à la suite, notamment, d'objections formulées par les États.

40. Une dernière observation semble s'imposer sur ce point. Il y a un aspect de l'observation générale n° 24 (52)

⁸ Voir 2500^e séance, note 17.

⁹ *Ibid.*, note 16.

¹⁰ *Cour européenne des droits de l'homme, Série A : Arrêts et décisions*, vol. 177, arrêt du 22 mai 1990, Greffe de la Cour, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990.

du Comité des droits de l'homme avec lequel il ne semble pas que l'on puisse être raisonnablement d'accord. C'est la prétention, certainement très excessive, du Comité d'être l'unique juge de la licéité des réserves. Qu'il puisse apprécier cette licéité, cela n'est pas contestable, mais il ne saurait avoir de monopole en la matière. Comme tous les autres instruments relatifs aux droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques est, et demeure, un traité entre États; ceux-ci peuvent faire — et d'ailleurs font — des objections aux réserves, et le Rapporteur spécial ne voit pas quels sont les inconvénients de ce double système de contrôle. Bien au contraire, il assure de manière efficace le contrôle de la licéité de ce « mal nécessaire » que sont les réserves, et les objections étatiques sont sans doute, au moins dans l'immédiat, plus efficaces que le contrôle exercé par le Comité, dans la mesure où, pour les raisons qu'a données M. Hafner (2500^e séance), elles se traduisent par une certaine réciprocité qui peut, peut-être, constituer un autre moyen de pression non négligeable. Enfin, elles peuvent aussi constituer des guides utiles pour le Comité lui-même, car si les États parties doivent assurément tenir le plus grand compte des vues du Comité, la réciprocité est vraie aussi.

41. S'agissant du projet de résolution figurant à la fin de son rapport, le Rapporteur spécial ne pense pas qu'il soit utile de le commenter en détail sur le fond; il reflète en effet les principales conclusions qui paraissent se dégager du rapport lui-même. Le paragraphe 1 se borne à reprendre une conclusion de la Commission, acquise dès 1995¹¹. Les paragraphes 2 et 3 réaffirment le principe de l'unité du régime des réserves, le paragraphe 4 évoque les problèmes particuliers résultant de la création d'organes de droits de l'homme et mériterait peut-être d'être complété par l'indication que le problème peut aussi se poser dans d'autres domaines; les paragraphes 5 à 7 reprennent les observations qui viennent d'être faites en ce qui concerne les compétences de ces organes en la matière, et le paragraphe 8 invite les États à inclure des clauses de réserve dans les traités qu'ils concluent pour lever toute ambiguïté à l'avenir.

42. Il n'est, en revanche, peut-être pas inutile de rappeler pourquoi l'adoption d'une telle résolution semble utile, et d'en justifier la forme. Le Rapporteur spécial fait observer qu'il a essayé d'indiquer de façon concise, aux alinéas 2 et 3 du préambule et au paragraphe 9, pourquoi une telle résolution paraît utile et nécessaire. La CPJI puis la CIJ se sont définies elles-mêmes comme « l'organe du droit international » et, sans vouloir disputer ce titre à la Cour, le Rapporteur spécial estime qu'il n'en reste pas moins que, à sa manière, la CDI est, elle aussi, si ce n'est « l'organe » du droit international, du moins « un des organes » du droit international. Il serait dommage que, dans le débat qui se déroule actuellement sur la question des réserves aux traités normatifs et, plus spécialement, aux instruments relatifs aux droits de l'homme, la Commission reste muette alors que le sujet des réserves aux traités est inscrit à son programme de travail et qu'elle peut contribuer ainsi à la codification et au développement progressif du droit international en manifestant son intérêt pour un problème d'actualité qui relève clairement de sa compétence.

43. En outre, certains événements précis font qu'il est nécessaire et urgent que la Commission examine la question; ils sont exposés au début du chapitre II du rapport, il n'est peut-être pas utile d'y revenir à nouveau. Par ailleurs, en janvier 1997, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a examiné un rapport de son secrétariat sur les réserves à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dont cet organe est chargé de surveiller l'application et qui, d'ailleurs, fait allusion aux travaux de la CDI. Or, ce Comité s'est abstenu d'adopter une position sur la question, précisément dans l'attente du texte définitif de la résolution de la Commission. Le Rapporteur spécial croit par ailleurs avoir compris, même s'il n'est pas sûr de ses informations sur ce point, que les présidents des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme ont, eux aussi, décidé de surseoir à reprendre l'examen de la question des réserves à ces instruments en attendant de connaître la position de la CDI. Ceci montre que celle-ci est attendue; la Commission doit avoir à cœur de ne pas décevoir cette attente. Les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission confirment également l'intérêt des États à cet égard.

44. Quant à la question de la forme, le Rapporteur spécial rappelle que l'idée d'élaborer une résolution avait été appuyée à la quarante-huitième session et par certains membres de la Commission (2500^e séance), tandis que d'autres, sans s'y opposer catégoriquement, ont exprimé des doutes sur le bien-fondé, en la forme, de cette proposition. Le Rapporteur spécial dit que, sans y attacher une importance déterminante, il maintient sa proposition. Certes, la Commission n'a pas pour habitude de s'exprimer par le biais d'une résolution et ce serait la première fois qu'elle le ferait. Mais, d'une part, l'habitude ne semble pas un argument valable : ce n'est pas parce que la Commission n'a jamais fait quelque chose qu'elle doit s'en abstenir pour l'éternité; ainsi, elle n'avait jamais invité le Président de la CIJ à lui rendre visite, mais elle l'a fait en 1997, et ceci est une bonne chose.

45. D'autre part, pour le Rapporteur spécial, la question des réserves se prête particulièrement bien à cette forme de « communication ». Elle ne paraît pas, en revanche, pouvoir se couler dans le moule habituel de projets d'article accompagnés de commentaires. Il ne s'agit pas d'édicter des normes, mais de prendre des positions sur des problèmes assez généraux de « politique juridique ». Le Rapporteur spécial indique néanmoins que si le mot « résolution » effraie certains membres, il n'y est pas suffisamment attaché pour mener un long « combat » en sa faveur. Pour les raisons qu'il a données, il y est favorable et il est convaincu que ceci servirait l'image de la Commission. Mais si une majorité de membres préfèrent que la Commission adopte des « recommandations » ou des « conclusions », le Rapporteur spécial s'inclinera de bonne grâce. La question, quoi qu'il en soit, ne lui paraît pas mériter un long débat et il estime que le mieux serait peut-être de procéder à un vote indicatif sur ce point après que les uns et les autres se seront exprimés, si des objections à cette solution se font entendre.

46. Le Rapporteur spécial ajoute que, par contre, quelle que soit la forme que la Commission adoptera, il réitère la proposition qu'il a faite précédemment à la suite des suggestions informelles de MM. Simma et Brownlie : la

¹¹ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 487 d.

Commission doit agir rapidement, mais sans précipitation, et en consultation avec les organes de droits de l'homme, en se bornant à adopter à la session en cours, en première lecture, un projet qu'elle enverra pour commentaires, non seulement à l'Assemblée générale, comme de coutume, mais aussi aux organes en question. Ce n'est qu'après avoir pris connaissance de leur réaction qu'elle se prononcera définitivement. Il va de soi que la Commission devra assortir ce projet d'une note explicative. Le Rapporteur spécial est prêt à en soumettre le projet après que le texte du projet de résolution aura été examiné par le Comité de rédaction.

47. M. ROSENSTOCK déclare approuver, d'une manière générale, les raisonnements et les conclusions du Rapporteur spécial. Ainsi, pour lui aussi, le régime des réserves aux traités s'applique à tous les traités, quel qu'en soit l'objet. Mais certaines observations faites par le Rapporteur spécial à propos des traités bilatéraux ne laissent pas de l'étonner, dans la mesure où il lui semble peu plausible de parler de réserves dans le cas d'un traité bilatéral. C'est une question dont il faudra reparler.

48. Pour ce qui est du projet de résolution proposé dans le rapport, M. Rosenstock pense qu'il n'est pas indispensable que les membres de la Commission s'accordent sur tous les points soulevés par le Rapporteur spécial ou par l'un quelconque d'entre eux. C'est le cas, par exemple, de l'observation générale n° 24 (52) du Comité des droits de l'homme. La solution la plus simple consisterait peut-être à supprimer les paragraphes 5 et 7, et une partie du paragraphe 4, du projet de résolution et approuver le reste, moyennant quelques modifications au paragraphe 6 pour tenir compte du rôle spécifique des organisations régionales. Il doit donc être possible d'adopter une résolution qui figure dans le rapport de la Commission sur ses travaux à la quarante-huitième session¹² et sur laquelle les organes de défense des droits de l'homme ont eu largement le temps de réfléchir.

49. M. Rosenstock veut cependant revenir sur deux points, au sujet desquels le Rapporteur spécial semble s'être écarté de ses prémisses et n'avoir pas poussé son argumentation jusqu'à sa conclusion logique.

50. En premier lieu, le Rapporteur spécial soutient de façon convaincante que les États ne peuvent faire des réserves aux dispositions d'un traité qui ne fait que réaffirmer une règle de droit coutumier. S'ils peuvent faire une réserve sur certaines dispositions de procédure, cette réserve ne constitue pas en soi une décision unilatérale de rejeter la règle dont il s'agit, et l'acceptation de cette réserve n'est pas un consentement à ce rejet. On voit mal pourquoi cette analyse ne s'appliquerait pas aussi à une norme de *jus cogens*. S'il est vrai qu'un État ne peut se dérober à de telles normes, cela ne signifie pas qu'il ne peut faire une réserve à l'une d'elles quand elle est consacrée dans un traité. Rien dans la nature essentielle du *jus cogens* n'oblige un État à consentir à ce qu'une des normes qui en relèvent soit intégrée dans un contexte procédural. Il y a bien sûr peu de chance qu'une réserve concernant une norme péremptoire soit compatible avec l'objet d'un traité. Mais une réserve de cette sorte, c'est-à-dire contraire à l'objet du traité, serait nulle et non ave-

nue en vertu de l'alinéa c de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, et non parce qu'elle viserait une norme péremptoire.

51. En deuxième lieu, le Rapporteur spécial semble accepter l'idée que les organes de contrôle ont compétence pour se prononcer sur l'admissibilité des réserves des États. Ces organes peuvent exprimer une opinion, voire des regrets, mais cela ne revient pas à apprécier l'admissibilité d'une réserve. À peine peut-on débattre *de lege ferenda* du rôle que ces organes ont à jouer à cet égard, il serait faux de prétendre pouvoir le faire *de lege lata*. L'idée que le Comité des droits de l'homme ne peut se prononcer sur l'admissibilité d'une réserve découle, notamment, de la conclusion que la CDI a émise deux années auparavant¹³, à savoir que le régime mis en place par les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969 ne doit pas être mis en cause.

52. À ce propos, il ne faut pas dire que le régime « de Vienne » est un échec. L'adoption des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme est antérieure à celle de la Convention de Vienne de 1969. Celle-ci prévoit même aux paragraphes 2 et 3 de son article 20 que le régime des réserves peut être modulé en fonction des types de traités considérés. Le fait qu'il n'y ait pas de disposition particulière applicable aux instruments relatifs aux droits de l'homme est une omission délibérée, mais il serait erroné de l'attribuer au fait que la Convention a été rédigée dans le contexte de la guerre froide et d'y voir, comme on a pu le faire, l'aboutissement d'une tractation d'ordre politique. D'un autre côté, le régime consacré ultérieurement par la Convention de Vienne de 1969 était connu des États au moment où les instruments relatifs aux droits de l'homme ont été adoptés. Ainsi, l'absence de dispositions particulières à ce sujet dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels était voulue, comme l'illustre à contrario la présence d'un régime spécial concernant la compatibilité d'une réserve avec l'objet du traité dans la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Certains voient dans la souplesse ménagée par le régime de Vienne un élément qui peut jouer contre l'intégrité d'un traité. On peut aussi reconnaître que cette latitude permet aux États d'innover dans le traité dont il s'agit, comme ils l'ont fait dans le cas de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. Il s'ensuit que si les États ne l'ont pas fait, ce n'est pas parce qu'ils en étaient empêchés par la Convention de Vienne de 1969, ni parce qu'ils en ignoraient la teneur. Il peut également exister, comme l'a dit M. Crawford (2500^e séance), des régimes spéciaux. Il revient aux États de décider ou non d'en créer. Ils s'en sont abstenus pour l'instant.

53. Le Rapporteur spécial écarte un peu trop facilement, dans son rapport, la force probante de l'avis juridique rendu en 1976 par le Conseiller juridique de l'ONU, selon lequel il appartient aux États parties d'apprécier la validité d'une réserve et non à l'organe chargé de contrôler l'application du traité dont il s'agit¹⁴. Les résultats dans

¹³ Voir *supra* note 11.

¹⁴ Nations Unies, *Annuaire juridique* 1976 (numéro de vente : F.78.V.5), p. 227 et 228, en particulier p. 228.

¹² *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), par. 136 et note 238.

les affaires *Temeltasch*¹⁵, *Belilos* et *Loizidou* n'affectent en rien la validité de cet avis et ne permettent aucunement de conclure que le Comité des droits de l'homme a le droit de se « prononcer » sur l'admissibilité d'une réserve. Ces affaires ne peuvent être citées comme précédents dans la mesure où, selon l'article 19 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le mécanisme dont celle-ci porte création vise à « assurer le respect des engagements » qui y sont consacrés. Cette formule est absente des traités à vocation universelle instituant les organes du même genre. De surcroît, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales porte création d'une cour. On peut conclure que les États qui consentent à l'institution de cette cour consentent implicitement à l'existence d'une Commission dotée de pouvoirs étendus. On peut alors soutenir, comme la Commission européenne des droits de l'homme le fait dans l'affaire *Temeltasch*, que c'est « le système même de la Convention¹⁶ » qui lui confère sa compétence.

54. Outre ces distinctions qui enlèvent aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme leur valeur de précédents dans le contexte universel, il y a le fait que les membres qui composent un système régional, comme la Communauté européenne, le Conseil de l'Europe ou le système interaméricain, sont plus facilement disposés dans ce contexte régional à reconnaître des droits souverains, comme celui de consentir à être obligé par un instrument ou de consentir à une réserve à cet instrument, qu'ils ne le sont au niveau de la communauté internationale universelle.

55. M. Rosenstock pense que la question fondamentale, celle à laquelle il faut toujours revenir, est celle du consentement des États, qui est le pivot du droit des traités. Si on ignore le rôle de ce consentement dans la décision que prennent les États de devenir parties à un instrument, on compromet le principe *pacta sunt servanda*, et si on l'ignore dans le rejet d'une réserve contraire à l'objet du traité mais assorti de la reconnaissance de la qualité de partie à l'État réservataire, on fait fi de la pratique des États et, donc, de la volonté de la communauté internationale.

56. À supposer que le Comité des droits de l'homme soit compétent pour se prononcer sur l'inadmissibilité d'une réserve — et M. Rosenstock pense qu'il ne l'est pas — en revanche, il ne saurait aller jusqu'à affirmer non pas que l'État réservataire n'est pas partie parce que son consentement serait invalide, mais, faisant fi des éléments de son consentement qui lui déplairaient, qu'il faut traiter en fait la « contre-proposition » de l'État réservataire comme une acceptation. Emprunter l'idée de dissociabilité de la réserve par rapport au traité lui-même pour tenter de l'appliquer à la réserve par rapport aux éléments dans lesquels l'État réservataire met son consentement à être lié est loin d'être concluant. Le paragraphe 6 de la résolution proposée par le Rapporteur spécial, et le raisonnement sur lequel il s'appuie, sont totalement convaincants.

57. M. Rosenstock cite un article dans lequel Catherine Redgwell expose un certain nombre d'idées sur la manière dont les États peuvent ramener la pratique divergente des États sous le couvert du régime de Vienne¹⁷, qui reconnaît lui-même que des régimes conventionnels particuliers peuvent explicitement s'écarter de ses règles supplétives. Dans la suite de ses travaux, la Commission pourrait certainement faire fond sur les conclusions de Catherine Redgwell et d'autres publicistes pour examiner les instruments, les clauses ou les dispositions auxquels les États peuvent avoir recours s'ils le souhaitent pour renforcer l'« intégrité » du régime des droits de l'homme et des autres traités, tout en respectant les prérogatives des États et l'intégrité du système lui-même, et donc le principe fondamental *pacta sunt servanda*. M. Rosenstock se demande si l'élaboration de protocoles serait si laborieuse si les États souhaitaient reconnaître aux organes conventionnels compétence pour juger des réserves. Il faut certes renforcer autant que faire se peut le régime des droits de l'homme, mais cela ne doit pas se faire aux dépens du droit des traités, car on risque sinon de susciter plus de problèmes que de solutions.

58. M. CRAWFORD juge intéressant l'argument que M. Rosenstock vient de verser au débat en évoquant le cas particulier des règles de *jus cogens*. Selon lui, les réserves n'ont de sens que dans le domaine du droit conventionnel. C'est peut-être parce que celui-ci est en relation avec le droit international coutumier. Mais les effets d'une réserve qui est acceptée par un autre État supplantent le droit coutumier entre les deux États concernés. C'est le cas, par exemple, du traitement des diplomates : la façon dont deux États s'entendent pour traiter leurs diplomates respectifs relève du *jus dispositivum*. On ne peut évidemment en dire autant dans le domaine des droits de l'homme ni dans celui du *jus cogens*. Les règles de *jus cogens* restent péremptoires quoi que les États conviennent entre eux. Dans la plupart des cas, la réaffirmation d'une norme de *jus cogens* dans un traité est ainsi formulée que toute tentative d'y déroger serait incompatible avec l'objet du traité dont il s'agit. Il en va de même des normes générales du droit international coutumier. Les normes des droits de l'homme, qui en relèvent, ne peuvent être appliquées ni relativement ni sélectivement et deux États ne peuvent convenir entre eux de règles différentes. Par exemple, ils ne peuvent convenir entre eux de recourir à la torture, même à l'encontre de leurs propres ressortissants. M. Crawford en conclut que ce que M. Rosenstock a dit des règles de *jus cogens* est également valable pour les règles du droit international général.

59. M. Sreenivasa RAO approuve dans l'ensemble l'exposé de M. Rosenstock, qu'il juge bien construit et très documenté. Il en partage l'essentiel des conclusions, notamment celle qui veut qu'une réserve concernant une règle de *jus cogens* soit nulle et non avenue par le simple fait qu'elle est contraire au but du traité, et non parce qu'elle déroge au droit international coutumier. La question demeure de savoir ce qu'est le droit international coutumier : il y a des règles qui font l'unanimité des États, d'autres que certains États acceptent ou, au contraire, contre lesquelles ils élèvent des objections. M. Sreeni-

¹⁵ Conseil de l'Europe, Commission des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, requête n° 9116/80, *Temeltasch c. Suisse*, vol. 31, Strasbourg, 1983, p. 120 à 136.

¹⁶ *Ibid.*, p. 128, par. 65.

¹⁷ « Reservations to treaties and Human Rights Committee general comment n° 24 (52) », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, avril 1997, 2^e partie, p. 390.

vasa Rao cite le cas du droit de la mer, où la délimitation du plateau continental est loin de faire l'unanimité et où une bonne part des règles applicables relèvent non pas du droit coutumier proprement dit, mais bien du développement progressif du droit. Il rappelle pour terminer que les réserves n'existent en fait qu'en réponse à cette incertitude du droit international coutumier.

60. M. LUKASHUK juge très intéressantes les observations faites par MM. Sreenivasa Rao et Rosenstock à propos du droit international coutumier. Il saisit cette occasion pour recommander à la Commission d'inscrire ce sujet d'une grande importance à son programme de travail.

61. M. ADDO déclare souscrire tout à fait à l'observation que vient de faire M. Crawford. Il se demande si une réserve qui est incompatible avec l'objet d'un traité peut être acceptée par un autre État partie. À son avis, cette réserve étant inacceptable, l'assentiment de l'autre État partie est lui-même nul et non avenu.

62. M. ROSENSTOCK précise que, dans son esprit, une réserve n'est pas interdite par le simple fait qu'elle touche à une règle de *jus cogens*. Elle l'est parce qu'elle est incompatible avec l'objet du traité dont il s'agit. Dans une certaine mesure, on peut dire la même chose des réserves qui concernent des règles relevant des droits de l'homme : une réserve ne dispense pas de respecter la règle qu'elle vise, elle donne simplement le droit de ne pas l'appliquer en tant que règle conventionnelle.

63. M. GOCO partage la position de M. Rosenstock sur la proposition tendant à consulter les organes chargés de contrôler l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme. Il pense que c'est à la Commission elle-même de trouver sa propre voie et ses propres formulations. Les organes dont il s'agit ont déjà une position très arrêtée quant aux réserves. Sur le plan pratique, cette consultation serait sans doute inutile.

La séance est levée à 13 h 10.

2502^e SÉANCE

Mardi 1^{er} juillet 1997, à 10 h 10

Président : M. João Clemente BAENA SOARES

puis : M. Peter KABATSI

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Bennouna, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Les réserves aux traités (*suite*) [A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478¹, A/CN.4/479, sect. D, A/CN.4/L.540]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. GALICKI félicite le Rapporteur spécial de son travail et de la présentation qu'il a faite d'un sujet difficile, et souscrit à sa conclusion que le régime de Vienne, essentiellement à cause de sa souplesse, est adapté aux exigences de tous les traités, quel qu'en soit l'objet ou la nature. Cependant, comme le Rapporteur spécial l'a lui-même reconnu, il y a lieu de tenir compte de certains faits nouveaux intervenus depuis 1969, qui posent des problèmes particuliers en matière de réserves. Le principal de ces problèmes concerne à n'en pas douter le dispositif mis en place pour suivre l'application de nombreux traités relatifs aux droits de l'homme, et plus particulièrement certaines activités spécifiques de contrôle de l'admissibilité des réserves formulées par les États que les organes de suivi des traités ont progressivement entrepris d'exercer. Même si cette fonction de contrôle n'a pas été expressément assignée par les traités en cause aux organes qu'ils ont créés, elle peut être considérée comme découlant de certains instruments comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Pacte de San José qui stipulent que la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme s'étend à toutes les affaires relatives à l'interprétation et à l'application des deux Conventions. L'exercice d'une telle fonction, en outre, fait partie de la pratique en voie de formation de ces organes. Mais il s'agit d'une pratique régionale, qui ne doit pas devenir mondiale. En dépit de l'observation générale n° 24 (52) du Comité des droits de l'homme², la compétence du Comité ne présente pas, d'une manière générale, un caractère obligatoire et, en tout état de cause, ses fonctions en matière d'admissibilité des réserves ne sont pas comparables à celles des juridictions régionales.

2. Une question semble être de savoir dans quelle mesure les fonctions d'appréciation de la licéité des réserves exercées par les organes de contrôle des traités peuvent se substituer aux pouvoirs appartenant aux États à cet égard, en vertu de la Convention de Vienne de 1969. La question est encore compliquée par un autre problème, que ne résout pas ladite convention, celui de l'indépendance mutuelle entre l'admissibilité et l'acceptabilité des réserves, aux termes de l'alinéa *c* de l'article 19 et du paragraphe 4 de l'article 20 de la Convention. M. Galicki est plutôt favorable à la doctrine de l'opposabilité, selon laquelle la décision finale revient à ceux qui sont les véritables maîtres des traités, c'est-à-dire aux États parties. Il lui semble que l'acceptation de réserves par un autre État contractant devrait jouer un rôle déterminant et que le critère dit de la « compatibilité » devrait seulement servir de principe directeur pour décider d'accepter une réserve ou d'y faire objection. En revanche, si l'on admettait que les organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme peuvent contester l'admissibilité et la validité d'une réserve, même des années après sa formulation,

¹ Voir *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie).

² Voir 2487^e séance, note 17.