

LES RÉSERVES DANS LES TRAITÉS INSTITUTIONNELS RELATIFS AUX DROITS DE L'HOMME. NOUVEAUX ASPECTS EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX

par

Gérard COHEN-JONATHAN

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Strasbourg*

SOMMAIRE

I - Une conception restrictive des conditions de validité des réserves

- A. Le développement d'un contrôle de caractère formel
- B. Le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité
 - 1) Les réserves de caractère normatif*
 - 2) Restrictions relatives à la compétence des organes
de contrôle*

II - Une conception objective de l'appréciation des réserves

- A. Le développement du contrôle institutionnel des réserves
- B. Les conséquences juridiques de l'invalidité d'une réserve.

Encouragée par l'extrême libéralisme de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la pratique largement utilisée des réserves soulève en matière de traités relatifs aux droits de l'homme des problèmes particuliers en raison de la spécificité de l'objet et du but de ces instruments. Le but premier de traités de ce genre n'est-il pas de poser des standards *minima* et uniformes de liberté et de protection pour tous les êtres humains, tous égaux en dignité en quelque endroit qu'ils se trouvent ? D'autre part il est devenu courant de mettre l'accent sur le caractère "objectif" de la garantie des droits de l'homme accordée sans discrimination à tous les individus placés sous la juridiction d'un Etat contractant, véritables destinataires des droits énoncés. C'est pourquoi les traités relatifs aux droits de l'homme n'ont pas pour objet de créer des obligations réciproques entre Etats, ce ne sont pas des conventions basées sur le principe de réciprocité (1). Dès lors la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui s'applique principalement aux conventions synallagmatiques ne saurait régler l'ensemble du régime des réserves en ce domaine, notamment lorsque sont en jeu des traités institutionnels prévoyant un organe de contrôle particulier.

Sans doute les rédacteurs de la Convention de Vienne ont eu parfois l'intuition du particularisme des "dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire" (2) selon une expression peu claire et pourtant reprise par la C.I.J. dans l'avis de la Namibie (3). Mais, pour le reste, le silence est total. Il faut dire d'ailleurs que la plupart des problèmes juridiques concernant les traités sur les droits de l'homme ne se posaient guère alors. Personne ne s'inquiétait vraiment du régime des réserves même dans le cadre européen où la Convention était cependant dotée d'un article spécifique (art. 64). Par contre dans la plupart des grands traités il n'y avait pas de clause particulière sinon, comme dans la Convention interaméricaine, un renvoi général, sans grande réflexion, à la Convention de Vienne et que la Cour interaméricaine devait par la suite "corriger" (4).

C'est l'évolution de la protection internationale des droits de l'homme qui obligera à rechercher des solutions appropriées.

(1) A l'exception de quelques rares dispositions : ainsi l'utilisation de la procédure du recours interétatique dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (jamais mise en œuvre).

(2) Article 60 §5.

(3) C.I.J., Rec. 1971, p. 47.

(4) Cour interaméricaine. Avis consultatif du 24 septembre 1982, n° OC 2/82, H.R.L.J. 153 (1982).

Il est clair que la solution apportée à ce problème est un élément significatif des rapports entretenus entre le droit international général et le droit international des droits de l'homme. Le droit international des droits de l'homme fait partie intégrante du droit international dont il est issu et dont il tire sa validité et sa force juridique. Il s'y réfère en tant que droit commun dans la mesure où cela est compatible avec sa spécificité. Autrement, il développe des principes autonomes, et cette dynamique des droits de l'homme enrichit l'ordre juridique international. Elle ne peut cependant avoir pour effet de masquer une réalité préoccupante.

Ainsi, à la dernière conférence mondiale de Vienne de 1993, le Secrétaire Général des Nations Unies, Boutros Boutros-Ghali avait montré que la plaie des traités relatifs aux droits de l'homme résidait dans le nombre des réserves faites par les Etats, surtout de celles qui ont un aspect trop général ou qui sont destructrices des fins poursuivies.

Il est vrai en effet que, davantage que le nombre (5), c'est la nature des réserves qui peut porter atteinte à la substance essentielle du traité. Les deux éléments se conjuguent parfois : l'exemple le plus dramatique a trait à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; sur 151 Etats parties, au 1^{er} janvier 1996 (6), près de la moitié avait émis des réserves dont certaines ont pour effet d'anéantir le cœur même de la protection internationale (7).

C'est pourquoi, dans l'Acte final de la Conférence de Vienne, il est demandé instamment aux Etats de bien examiner (ou ré-examiner) la portée des réserves qu'ils formulent (ou ont formulé) de façon à ce que chacune d'elle ne soit pas incompatible avec l'objet et le but du traité en cause, et envisagent, le cas échéant leur retrait (Partie II, n° 5).

Sauf disposition précise d'un texte, le pouvoir des Etats d'assortir leur ratification de réserves, de caractère normatif tout au moins, n'est pas généralement contesté, à condition toutefois que leur multiplication et leur nature ne restreignent pas indûment la portée de leur engage-

(5) Plus de 40 Etats sur les 130 parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont émis au total près de 150 réserves ou déclarations interprétatives ; Sur 185 Parties à la Convention relative aux droits de l'enfant (entrée en vigueur le 2 septembre 1990) près de 50 Etats ont formulé des réserves.

(6) J.B. Marie, Instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Revue Universelle des Droits de l'Homme, 29 mars 1996, vol. 8 n° 1-3, p. 102.

(7) Comme l'ont montré plusieurs documents distribués à la 4^e Conférence mondiale sur les droits de la femme. Rapport C.E.D.A.W., A/50/38, p. 20 et s.

ment ; à la limite cependant se profile l'idée selon laquelle dans de nombreuses hypothèses les réserves devraient revêtir un caractère *temporaire*, l'Etat devant mettre à profit cette durée pour prendre les mesures nécessaires, législatives ou institutionnelles, afin de satisfaire pleinement aux obligations du traité (8).

Cette prise de conscience internationale, cette déclaration de volonté en vue d'adopter une conception plus restrictive des réserves est relativement récente. Elle est générale cependant. On ne s'étonnera pas de la retrouver à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, en particulier dans la recommandation 1237 (1993) relative aux réserves formulées par les Etats membres aux Conventions du Conseil de l'Europe (9). Mais on retrouve une telle position sous forme d'exhortation aux Etats dans les actes de la Conférence de Vienne comme nous l'avons vu plus haut, et déjà, de manière plus précise dans les déclarations de la "coordination" des Présidents des organes de surveillance créés en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. En 1992, les présidents notaient déjà à l'intention des Etats que certaines des réserves formulées posaient "de graves questions quant à leur compatibilité avec l'objet et le but des instruments en question". Mais, en 1994, ils recommandaient plus fermement aux Comités chargés de contrôler l'application des traités "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" (10).

Le ton a manifestement changé, et de plus il apparaît "clairement" que les institutions responsables du contrôle de l'application des traités

(8) Cette idée est bien exprimée dans l'étude de J.A. Frowein "Reservations to the European Conventions on Human Rights" Mélanges Wiarda, (1988), Carl Heyman, Verlag p. 194. Dans son opinion concordante dans l'arrêt Belilos (C.E.D.H., 29 avril 1988) le Juge De Meyer adopte un point de vue un peu extrême en estimant que les seules réserves acceptables relatives à des droits énoncés dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme sont des réserves temporaires destinées à être levées.

(9) (...) 7. En conclusion, l'Assemblée estime qu'il est souhaitable, sinon nécessaire, de réduire considérablement le nombre des réserves faites aux Conventions du Conseil de l'Europe. Ainsi recommande-t-elle au Comité des Ministres.

A. En ce qui concerne les Conventions du Conseil de l'Europe déjà conclues.

i. d'inviter les Etats membres à réexaminer scrupuleusement les réserves qu'ils ont faites, à les supprimer dans la mesure du possible et à dresser au Secrétaire Général un rapport motivé en cas de maintien de certaines réserves ;

ii. de charger les Comités directeurs du Conseil de l'Europe d'examiner, à la lumière des rapports nationaux proposés ci-dessus, les réserves faites pour chaque convention dans le domaine de leur compétence.

V. aussi la recommandation du Conseil des Ministres du 17 février 1994.

(10) Rapports des 4^e et 5^e réunions des Présidents A/47/628, 10 novembre 1992, §60 et A/49/537, 19 octobre 1994 §30.

sont désormais impliquées dans l'appréciation de la validité d'une réserve, dans une mesure qui reste à déterminer et qui varie sans doute selon les caractéristiques de chaque système. Voilà en tout cas qui tranche avec la lettre de la Convention de Vienne sur le droit des traités et la timidité première des organes de contrôle face à la souveraineté des Etats, surtout dans le cadre des Nations Unies.

Si une évolution significative dans ce domaine précis apparaît aujourd'hui, elle se rattache d'une manière générale à une règle d'éthique supérieure tendant à mettre l'accent sur l'effectivité des droits fondamentaux et l'égalité de dignité de l'homme ; plus techniquement elle tient au moins à deux séries de facteurs. D'abord le modèle européen a ouvert le chemin : après le rapport de la Commission dans l'affaire Temeltash (11), la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt Belilos du 29 avril 1988, devait, pour la première fois, affirmer *non valide* une déclaration ayant valeur de réserve formulée par la Suisse (12) et qu'elle estimait contraire à l'article 64 de la Convention. Depuis lors, elle n'a cessé d'appliquer et d'affiner sa doctrine, s'agissant de réserves "normatives". De plus, après la décision de la Commission du 4 mars 1991, Chrysostomos, Loizidou et autres contre Turquie, la Cour, dans son célèbre arrêt Loizidou du 23 mars 1995, a invalidé les restrictions *ratione loci* et *ratione materiae* contenues dans les déclarations turques relatives aux articles 25 et 46 de la Convention, au nom de l'ordre public européen des droits de l'homme (13), et au terme d'une démonstration qui restera un "morceau" d'anthologie dans l'histoire des droits de l'homme.

Face à cette attitude, dans le silence du Pacte, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies se montrait particulièrement prudent et hésitant. Ainsi, dans l'affaire M.K contre France - décision du 8 novembre 1989 - ayant constaté qu'une déclaration de la France avait valeur de réserve (14), il se déclare incompétent pour examiner les

(11) Rapport du 5 mai 1982. Décisions et Rapports (D.R.) 31 p. 120 et s. ; P.H. Imbert "Les réserves à la C.E.D.H.". Cette revue 1983 pp. 580 ss. ; G. Cohen-Jonathan et J.P. Jacqué "Chronique de la Commission", A.F.D.I. 1982, p. 524 à 530.

(12) G. Cohen-Jonathan "Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'Homme" (à propos de l'arrêt Belilos du 29 avril 1988). R.G.D.I.P. 1989 n° 2 p. 273 et s. ; R. ST. J. MacDonald, Revue belge de droit international 1988, 21, p. 428.

(13) G. Cohen-Jonathan "De la Commission à la Cour européenne des droits de l'homme" Actualités 1994-1995, R.T.D. eur. (4) déc. 1995, p. 725.

(14) Même sur cette qualification dont l'incidence est naturellement importante (v. notre étude citée supra pp. 301 et s. V. aussi Mc RAE "The legal effects of interpretative declarations" B.Y.I.L., 1978 p. 155). le comité n'avait pas osé aller contre l'opinion de l'Etat en cause. V. l'avis contraire de Madame Higgins.

plaintes contre la France faisant état de la violation de l'article 27 du Pacte, objet de la réserve, sans exercer l'ombre d'un contrôle sur la validité de ladite réserve (15). Tout au plus le Comité, à l'occasion des rapports périodiques, n'hésitait pas à suggérer à certains Etats de retirer une réserve déterminée, en évitant soigneusement d'apporter un jugement sur la validité de la déclaration incriminée. Les membres du Comité étaient cependant d'accord, semble-t-il, pour aller plus loin et sous l'impulsion de Madame le Juge Higgins, ils préparaient une observation générale sur les réserves.

Le "catalyseur" devait provenir des réserves accompagnant la ratification par les Etats-Unis d'Amérique du Pacte relatif aux droits civils. Il avait fallu attendre le 8 juin 1992 pour que les Etats-Unis déposent leur instrument d'adhésion au Pacte proprement dit, sinon au Protocole facultatif. Evénement considérable mais sérieusement amoindri et équivoque par le fait que "le gouvernement américain avait conditionné son adhésion à cinq réserves, quatre déclarations interprétatives, cinq "understandings" et un "promiso", des quantités jamais atteintes auparavant" (16). Le plus grave résidait en ce que certaines réserves relatives à la peine de mort, par exemple, portaient une atteinte substantielle à l'article 6 du Pacte, en autorisant notamment l'imposition de la peine de mort pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans.

Onze Etats ont émis des objections assez convergentes aux réserves américaines (en précisant qu'elles ne constituaient pas cependant un obstacle à l'entrée en vigueur du Pacte entre l'"objectant" et les Etats-Unis) (17). Sur un autre plan, cela a certainement incité le Comité des droits de l'homme à adopter finalement le 2 novembre 1994 son Observation générale n° 24 (52) sur les réserves qui reprend et développe avec hardiesse la logique exposée par les organes de Strasbourg (18). Le Comité se reconnaît donc désormais le pouvoir de déterminer si une

(15) G. Cohen-Jonathan A.F.D.I. 1989, p. 429 et s.

(16) William A. Schabas "Les réserves des Etats-Unis d'Amérique au Pacte international relatif aux droits civils et politiques en ce qui a trait à la peine de mort" R.U.D.H. 1994 n° 4-6, p. 137.

(17) Le texte de ces déclarations figure dans la Revue Universelle des Droits de l'Homme 1994, n° 4-6, p. 240-242.

(18) C.C.P.R./C/2/Rev. 1/Add 6, 11 novembre 1994. Le titre précis est : "Observation générale sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte" (qui envisage les requêtes interprétatives).

réserve donnée est compatible avec l'objet et le but du Pacte et il applique cette nouvelle doctrine aux réserves américaines à l'occasion de l'examen de son rapport périodique en avril 1995.

Cette observation générale a provoqué des réactions quelquefois vives de la part de certains Etats. Pour s'en tenir aux éléments proprement juridiques on se reportera spécialement aux Commentaires des Etats-Unis (28 mars 1995) et du Royaume Uni (21 juillet 1995) (19) ainsi que de la France (20).

Naturellement un tel débat est d'intérêt général et a retenu l'attention prioritaire de la Doctrine (21) ainsi que du Rapporteur spécial sur "les réserves aux traités", à la Commission du droit international (22).

A la lumière de ces aspects européens et internationaux récents nous voudrions faire quelques observations sur les conditions de validité des réserves dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. On vérifiera que la conception adoptée est assez restrictive. Puis nous examinerons qui détermine cette validité et quelle est la conséquence de cette appréciation. Nous constaterons alors que prédomine aujourd'hui une conception objective de l'appréciation de la validité des réserves.

I - UNE CONCEPTION RESTRICTIVE DES CONDITIONS DE VALIDITÉ DES RÉSERVES

Certaines conditions énoncées, notamment dans la jurisprudence européenne, sont - apparemment du moins - de pure forme mais leur application de plus en plus rigoureuse permet souvent d'éviter un contrôle sur le fond qui heurte davantage la "sensibilité" des Etats. Néanmoins cette vérification de caractère formel n'est pas toujours suffisante. Un contrôle plus substantiel prend pour critère la compatibilité

(19) Rapport du Comité des Droits de l'Homme à l'Assemblée Générale A/50/40 vol. I, p. 147 et 151.

(20) A paraître dans le rapport de 1996, A/51/40.

(21) En plus des travaux de P.H. Imbert sur "les réserves aux traités multilatéraux", Pedone 1979, on consultera plus récemment encore L. Lijnzaad "Reservations to U.N. Human Rights Treaties, Nijhoff, 1995, 442 p. ; et surtout W. Schabas "Invalid reservations to the international Covenant on civil and political rights" Brooklyn Journal of International Law, XXI, 1995 p. 277 et s. ; et l'avis de M. Nowak, H.R.L.J., 1995, n° 12, pp. 380-382.

(22) V. notamment le 2^e rapport d'A. Pellet, A.G. A/CN.4/477 add 1, 13 juin 1996.

d'une réserve au but et à l'objet du traité. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies y a particulièrement insisté.

A - Le développement d'un contrôle de caractère formel

Pionniers dans l'instauration d'un contrôle institutionnel des réserves, les organes de Strasbourg sont, dans un premier temps, restés très proches de la lettre de l'article 64 de la Convention. Ils ont préféré en tirer toutes les conséquences et par ce moyen opérer une vérification de plus en plus minutieuse qui aboutit à priver d'effet juridique de nombreuses réserves. La jurisprudence fournit d'utiles illustrations. L'article 64, on le rappelle, se lit ainsi :

"1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause."

1 - Si nous prenons d'abord le contenu du §2, pendant longtemps on a considéré qu'il s'agissait d'une simple formalité qui ne devait pas tirer à conséquence. Dans l'affaire *Belilos*, le gouvernement suisse auquel on reprochait de ne pas avoir signalé les lois faisant l'objet de la réserve, faisait valoir la pratique très souple qui se serait développée en la matière sans réaction du dépositaire de la Convention. Il soulignait également que l'article 64 §2 n'envisageait pas les problèmes spécifiques qui se posent aux Etats fédéraux. Pour se plier à cette exigence, la Suisse aurait dû mentionner d'innombrables dispositions des cantons et des communes.

Prenant appui sur la démonstration opérée par la Commission dans l'affaire *Temeltash*, la Cour réfute clairement cette prétention. Elle déclare :

"Le bref exposé de la loi en cause constitue à la fois un élément de *preuve* et de *sécurité juridique*... En effet l'article 64 §2 vise à offrir, notamment aux autres Parties contractantes et aux organes de la Convention, la garantie que la réserve ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'Etat concerné. Il ne contient pas une simple exigence de forme : il édicte une condition de *fond*.

L'omission constatée en l'espèce ne saurait donc se justifier même pour des difficultés pratiques importantes" (23).

La méconnaissance de cette condition a été à la base de l'invalidation de la réserve suisse dans l'arrêt *Weber* du 22 mai 1990 (A n° 177). Par contre dans l'affaire *Chorherr* contre Autriche (arrêt du 25 août 1993 A n° 266-B), la Cour a estimé que le renvoi au journal officiel fédéral précédé d'une mention de l'objet des textes qui motivaient la réserve était suffisante, ce que contestait le Juge Valticos dans son opinion partiellement dissidente (24). Mais l'exigence d'une telle condition, qui a été dernièrement au cœur de toute une série d'affaires autrichiennes dont l'arrêt *Gradinger* (1995), montre en cascade les risques d'invalidation de réserves émises par d'autres Etats. Un exemple mérite d'être explicité car il concerne le principe non bis in idem, figurant à l'article 4§1 du protocole n° 7 (25), auquel aucune dérogation n'est autorisée au titre de l'article 15 de la Convention. Ce cas intéresse étroitement la France.

En effet, en ratifiant le protocole n° 7, le gouvernement français a déclaré "que seules les infractions relevant *en droit français* de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 à 4 du présent protocole".

Une telle déclaration semblait donc faire obstacle à ce que le principe non bis in idem soit utilisé par un individu, déjà jugé par une juridiction pénale stricto sensu, pour s'opposer à une autre poursuite concernant les mêmes faits dont l'infraction ne relève pas des juridictions pénales au sens du droit français, même si cette seconde infraction et la sanction ressortent de la matière pénale au sens de l'article 6§1 de la Convention.

La question s'est effectivement posée à propos de diverses sanctions "administratives". Ainsi, dans l'affaire *Alsace Diffusion Grand-Est* contre Office des migrations internationales, le représentant légal avait été frappé, pour les mêmes faits et sur la base d'un même procès ver-

(23) A n° 132 §59 (souligné par nous). La Commission avait en outre précisé que l'utilité d'inclure un tel exposé est d'autant plus grande que la portée de la norme affectée par la réserve est plus large.

(24) Le Juge Valticos estime que "le libellé de la réserve autrichienne... ne contient manifestement pas un "bref exposé" de la substance de la loi permettant d'en comprendre le contenu et la portée, ni d'apprécier s'il peut s'agir d'une réserve générale que la Convention interdit.

(25) "Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat".

bal, d'une part d'une forte amende de type pénal "traditionnel" à la suite d'un jugement devenu définitif du tribunal correctionnel de Strasbourg ; d'autre part d'une contribution "administrative, qualifiée par le tribunal administratif de Strasbourg de "pénale" au sens de l'article 6 de la Convention, infligée par l'OMI (Office des migrations internationales). Le requérant invoquait le principe de non-cumul des peines.

Dans un premier temps le tribunal administratif a été embarrassé car, compte tenu de la déclaration française, il ne lui semblait pas possible d'appliquer cette règle puisque l'une des sanctions est qualifiée de sanction administrative au sens du droit français, même si elle relève de la matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention.

A bien considérer les enseignements de la Cour dans l'arrêt *Belilos* (que l'on définira plus précisément ensuite) la validité de la réserve française n'est pas évidente, d'abord compte tenu de son caractère général ; ensuite parce qu'elle subordonne formellement l'application des garanties prévues au protocole 7 aux particularités changeantes d'un droit interne ; enfin il n'est pas indifférent de relever en ce sens le caractère "indérogeable" du principe non bis in idem aux termes même du protocole n° 7. Ceci est cependant une opinion doctrinale... De toutes façons, il paraissait difficile au tribunal administratif de se livrer à un tel contrôle (26). Par contre, dans une hypothèse identique, le tribunal a contourné l'obstacle en appliquant l'article 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui comporte une disposition similaire à l'article 4 du protocole n° 7, alors que la France n'a formulé aucune réserve à ce sujet concernant le second instrument... (27).

Mais un tel détour risque de ne plus être nécessaire après l'avis de la Commission dans l'affaire *Gradinger* (28), largement suivi par la Cour. En l'espèce le requérant avait été jugé par un tribunal pénal autrichien qui avait estimé, qu'au moment d'un accident de la circulation dont il était l'auteur, le taux d'alcool présent dans son sang n'était pas illégal. Le requérant prétend donc que le principe non bis in idem interdit que soient engagées des poursuites administratives ultérieures.

(26) Par contre d'autres juridictions nationales n'ont pas la même retenue. V. J.F. Flauss "Le contentieux de la validité des réserves à la C.E.D.H. devant le Tribunal fédéral suisse : Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6§1. R.U.D.H. 1993, p. 297.

(27) Jugement du 19 avril 1994, *Madame Oster contre Office des migrations internationales*. V. notre étude sur "Les tribunaux administratifs et les traités relatifs aux droits de l'homme" R.U.D.H. 1995 n° 4, p. 120.

(28) n° 15963/90, Rapport du 19 mai 1994. V. A.F.D.I. 1995. Chronique de l'activité de la Commission.

qualifiées de pénales au sens de la Convention - concernant les mêmes faits et en remettant en cause la constatation opérée plus haut.

Cependant, avant de parvenir à une telle conclusion la Commission devait s'interroger sur la portée d'une déclaration de l'Autriche, qui assortissait sa ratification du Protocole 7, et dont les termes rappellent le contenu de la réserve française. L'Autriche précisait en effet que "...Les articles 3 et 4 se réfèrent uniquement aux procédures pénales dans le sens du code pénal autrichien".

La Commission écarte la déclaration autrichienne en ces termes :

"La Commission observe que la déclaration autrichienne ne précise pas dans quelle mesure la loi autrichienne ne répondait pas aux exigences de l'article 4 du protocole n° 7 lors de la ratification, car elle ne fait que mentionner que l'article 4 se réfère aux procédures pénales dans le sens du code pénal. La Commission a eu recours au mémoire explicatif rédigé lors de l'élaboration du Protocole n° 7, lequel n'indique en rien que les infractions administratives pénales dussent être exclues de sa portée. De surcroît, en indiquant ce à quoi se réfère la disposition plutôt que ce à quoi elle ne se réfère pas, la déclaration ne comporte aucun "bref exposé de la loi en cause", prévu à l'article 64§2 de la Convention (voir arrêt *Belilos* du 29 avril 1988, A n° 132, §52-60). Partant, la déclaration autrichienne relative au protocole n° 7 n'empêche pas la Commission d'examiner cet aspect de l'affaire".

D'autre part, s'agissant de l'interprétation du droit énoncé à l'article 4 du Protocole n° 7, la Commission réfute la thèse du gouvernement autrichien selon laquelle ce principe ne s'appliquerait que si la seconde procédure visait "la même infraction", alors qu'elle concerne ici une infraction formellement différente. Mais, "la Commission estime important de mettre l'accent sur le fait que l'article 4 du Protocole n° 7 ne fait pas référence à une "même infraction", mais davantage à des poursuites et à une condamnation portant "à nouveau" sur une même infraction. Il y aurait incompatibilité avec les garanties "pratiques et effectives" offertes par la Convention (v. arrêt *Artico* du 13 mai 1980, A n° 37), si un Etat pouvait se soustraire à ses obligations au regard de l'article 4 en engageant simplement des poursuites contre un individu qui a été acquitté d'une infraction qui, même si elle se différencie par sa désignation, concernait les mêmes faits" (§75).

La Commission conclut à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 4 du Protocole n° 7 de la Convention.

Dans son arrêt du 23 octobre 1995 (A n° 328-C), la Cour confirme l'analyse de la Commission. Elle va même plus loin, en prononçant "l'invalidité" de la déclaration autrichienne sur la base de l'article 64 §2 de la Convention. Elle relève en effet l'absence d'un "bref exposé" de la loi qui ne serait pas conforme aux articles 3 et 4 du Protocole n° 7 et constate qu'en excluant toutes les procédures qui ne seraient pas "pénales dans le sens du code pénal autrichien", la déclaration n'offre pas à un degré suffisant "la garantie (qu'elle) ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'Autriche..." (§51).

En d'autres termes, en se contentant d'un renvoi générique à l'ensemble des dispositions du Code pénal en vertu desquelles une procédure répressive est qualifiée de pénale, le gouvernement autrichien n'opère pas une identification exhaustive des procédures qu'il entend faire échapper à l'emprise de l'article 4 du Protocole n° 7.

Plus profondément c'est la technique de la réserve par renvoi général aux qualifications du droit national qui paraît être condamnée. Dans l'affaire Gradinger, la Cour, en utilisant la condition "formelle" posée par le §2 de l'article 64, évite de se prononcer sur le caractère général ou non de la réserve litigieuse, ainsi que de toutes celles qui procèdent par renvoi générique aux notions et qualifications (d'ailleurs évolutives...) du droit interne. C'est dire que l'arrêt du 23 octobre 1995 risque fort d'affecter la réserve française à l'article 4 du Protocole n° 7 comme d'ailleurs la déclaration de l'Italie (29).

On notera que, dans son observation générale 24 (52), le Comité des droits de l'homme met l'accent sur la "nécessité de "transparence" que doivent présenter les réserves et indique qu'il est souhaitable qu'un Etat qui formule une réserve indique précisément les dispositions législatives ou les pratiques internes qu'il juge incompatibles avec l'obligation énoncée dans le Pacte qui fait l'objet de sa réserve" (§20). Auparavant le Comité avait également condamné les réserves qui visent à supprimer "l'autonomie" des obligations internationales en utilisant abusivement le renvoi au droit interne. Mais cela rejoint d'ailleurs l'interdiction des réserves de caractère général, comme en fait il était déjà question aussi dans l'affaire Gradinger.

(29) "La République italienne déclare que les articles 2 et 4 du Protocole (7) ne s'appliquent qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées de pénales par la loi italienne".

2 - L'article 64 §1 comporte d'autres exigences de forme dont la vérification évite parfois de trancher des problèmes de fond plus délicats. Ainsi dans l'arrêt Fischer contre Autriche, du 26 avril 1994 (A n° 312) elle écarte une réserve sur le défaut d'audiences dans certaines procédures, formulée en 1958 au moment de la ratification de la Convention, que le gouvernement voulait appliquer à des recours prévus par une loi de 1982. Il semble bien qu'à une certaine époque la réserve n'avait provoqué aucune émotion (30). Certes le droit de la Convention est "un droit vivant et évolutif...". Néanmoins, peu désireuse d'entrer dans ce débat, la Cour se contente de déclarer en l'espèce la réserve inapplicable car "selon l'article 64 §1, seules les lois "alors en vigueur" et évolutif sur le territoire de l'Etat peuvent faire l'objet d'une réserve". Or ici le texte datait de 1982 et n'était pas identique en substance au droit alors existant (31).

3 - Enfin l'article 64 précise que toute réserve doit être formulée au plus tard au moment de la ratification. Sur ce point l'article 64 reprend la règle de la Convention de Vienne sur le droit des traités, laquelle était déjà bien établie en droit international général. C'est d'ailleurs sur cette base, en tant que réserve "nouvelle" à l'article 6 §1 de la Convention que le Tribunal fédéral suisse a invalidé la déclaration "rectificative" établie par la Suisse après l'arrêt Belilos (32).

Sur un autre plan, cet argument a été invoqué lorsqu'un Etat, postérieurement à la ratification de la Convention, accepte le droit de recours individuel (ou la compétence obligatoire de la Cour) en formulant à ce propos des "réserves" de caractère normatif. Tel est le cas de la Turquie qui a assorti sa déclaration sur la base de l'article 25 de restrictions diverses, en excluant notamment de la compétence de la Commission, certaines catégories d'affaires, ce qui revenait en fait à émettre "hors délai" des réserves concernant les articles 1,5,6,8,9,10,11 et 15... de la Convention. Nous avons toujours considéré une telle prétention comme inadmissible pour différentes sortes de raisons, relevant notam-

(30) Ringeisen, 16 juillet 1971, A n° 6 ; Ettl, 23 avril 1987, A n° 117 Fischer prec. §39.

(31) V. J.F. Flauss. Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme. A.J.D.A. 20 octobre 1995. Si la loi protégée par la réserve est modifiée postérieurement sans élargir le domaine soustrait au contrôle des organes de Strasbourg, la Commission, comme la Cour semble-t-il, ne soulèvent aucune objection.

(32) Il n'est pas sûr, en outre, que le contenu de la rectification soit conforme à l'arrêt de la Cour (G. Cohen-Jonathan art. prec. R.G.D.I.P. 1989 p. 314). A propos de la décision du Tribunal fédéral suisse du 17 décembre 1992 voir la note précitée de J.F. Flauss. R.U.D.H. 1993, p. 297.

ment sa contrariété avec l'article 64. Il nous paraissait surprenant et dangereux que les Etats contractants puissent ainsi réduire la portée de leurs engagements normatifs à l'occasion d'une déclaration faite ou renouvelée en application de l'article 25 (33). D'autres auteurs ont considéré que l'article 25 ne devrait pas permettre des "réserves déguisées" qui portent atteinte aux exigences de l'article 64 (34).

Le Comité des droits de l'homme rejoint cette attitude tout en lui attribuant un fondement plus général. On constatera néanmoins que les considérations émises au §13 de l'observation n° 24 (52) visent en particulier une "réserve" formulée par l'Allemagne au moment de la ratification du Protocole facultatif (postérieurement à la ratification du Pacte) en vue d'écarter la jurisprudence très large du Comité concernant le principe d'égalité devant la loi (art. 26) et en particulier son applicabilité en matière de droits sociaux (35).

4 - *L'interdiction des réserves de caractère général* nous semble être commune à tous les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

Cette exigence a bien été mise en lumière dans l'arrêt Belilos. Selon la Cour, par réserve de caractère général, l'article 64 entend "notamment" une réserve rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts. En l'espèce, la déclaration suisse tombait manifestement sous le coup de cette prohibition. La Cour s'est donc contentée de critères assez formels pour définir la notion de réserve de caractère général. Il nous semble cependant (36) que le caractère général d'une réserve peut être également déterminée en fonction de son "contenu matériel" confronté avec la substance de la clause qu'elle affecte et sa place dans la Convention (37). Sur ce point le gouvernement suisse avait raison de

penser qu'une réserve peut être interdite si elle s'avère incompatible avec l'objet et le but de la Convention (38). C'est un critère additionnel qui peut être déterminant. La Cour a fait une lecture plus littérale de l'article 64 de la Convention qui constitue la base juridique de son intervention (39). Elle n'a pas voulu faire appel à un critère qui relevait davantage du droit international interétatique ; elle n'a surtout pas tenu à se livrer à une analyse "de caractère substantiel". En l'espèce il n'était pas d'ailleurs nécessaire à la Cour d'y recourir. Mais cette attitude a semble-t-il persisté puisque, par d'autres moyens, le Juge était amené à écarter nombre de réserves qui finalement portent atteinte à la substance du droit protégé. Sa prudence relative est ainsi compensée par la fermeté de ses conclusions.

A l'instar des termes de l'article 64 de la Convention, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies estime également que les "réserves ne sauraient être de caractère général mais doivent viser une disposition particulière du Pacte" (observation §19). Néanmoins pour le Comité - qui ne trouve aucune disposition comparable à l'article 64 dans le Pacte - cette interdiction comme les autres considérations sur les réserves découlent de l'application du critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité.

B - Le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité

Les auteurs d'un traité ont toujours la possibilité d'interdire certaines réserves ou d'en autoriser d'autres expressément (40). Dans le silence du traité, les réserves sont admissibles si elles ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but du traité. Ce critère fondamental (41), consacré par l'article 19c de la Convention de Vienne, est énoncé

(33) "La Convention européenne des droits de l'homme" *Economica* 1989 p. 93 et R.G.D.I.P. 1989 p. 311. Dans sa décision du 4 mars 1991 précitée la Commission a avalisé cette thèse. D'autres arguments fondaient d'ailleurs cette sentence.

(34) J. Velu, R. Ergéc. *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 1990, p. 163.

(35) V. communication Broeks contre Pays-Bas. Constatation du 9 avril 1987. Document d'études de droit international sur "les droits de l'homme dans les organisations universelles" n° 306. Doc. Française 1990, p. 25.

(36) Notre étude préc. R.G.D.I.P. 1989, p. 309.

(37) En ce qui concerne les implications des réserves relatives à l'article 15 de la Convention voir V. Coussirat-Coustere, Clunet 1975, pp. 269 et s.

(38) Le délégué de la Commission à l'instance devant la Cour, le professeur Frowein, n'a pas négligé de situer également sa démonstration sur ce plan.

On se reportera également aux développements de grand intérêt de J. Velu et R. Ergéc op. préc., pp. 159-160.

(39) Dans un autre contexte, dans l'arrêt Loizidou du 23 mars 1995, la Cour fait plusieurs fois mention de l'objet et du but du système de la Convention en tant "qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains" §72, 75, 93.

(40) Convention relative au statut des réfugiés (entrée en vigueur en 1954) art. 42 ; Protocole n° 6 de la C.E.D.H.

(41) Rapport d'A. Pellet cit. p. 47 et s. Naturellement le critère est parfois énoncé expressément dans les "objections des Etats". Il peut être aussi utilisé par les organes de contrôle.

parfois spécifiquement dans les traités relatifs aux droits de l'homme (42). Il nous paraît cependant qu'il est applicable également dans tous les cas où il n'existe pas de renvoi explicite de ce genre ; de plus il doit jouer un rôle complémentaire non négligeable dans les hypothèses où la Convention comporte une clause particulière, comme nous l'avons vu à propos de la Convention européenne des droits de l'homme (43).

C'est donc sans surprise que le Comité des droits de l'homme déclare "Bien que... 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" (observation générale préc. §6) et le Comité précise ici "l'objet et le but du Pacte sont de créer des normes relatives aux droits de l'homme juridiquement contraignantes en définissant certains droits civils et politiques et en les plaçant dans un cadre d'obligations juridiquement contraignantes pour les Etats qui le ratifient, ainsi que de fournir un mécanisme permettant de surveiller efficacement les obligations souscrites". Sur cette base le Comité fixe les principes directeurs qu'il doit suivre pour apprécier l'admissibilité d'une réserve. On mettra à part les réserves au protocole facultatif touchant précisément le mécanisme de contrôle (§14) que l'on évoquera parallèlement à l'arrêt *Loizidou* : on examinera en premier lieu les réserves de caractère normatif.

1) Les réserves de caractère normatif

L'observation générale adopte une conception restrictive des réserves. Cependant les considérations qu'elle comporte ne sont pas toujours pleinement homogènes.

- La première conséquence que le Comité déduit de l'objet et du but du Pacte est que "les dispositions... qui représentent des règles de droit international *coutumier* (a fortiori lorsqu'elles ont le caractère de normes *impératives*) ne peuvent pas faire l'objet de réserves" (§8. C'est nous qui soulignons) et il énumère de la sorte une première liste de droits.

Sur le principe une telle affirmation constitue une avancée importante du droit international. C'est le reflet d'une conception objective des conditions substantielles de validité des réserves et un indice supplémentaire de l'existence "d'une tendance à la hiérarchisation des droits de l'homme" (44).

Il est vrai que la Cour Internationale de Justice elle-même, dans son arrêt du 27 juin 1986 (§267) par exemple, a confirmé l'existence d'une obligation internationale générale de respecter les droits de l'homme dont le fondement est coutumier. Cette conception a bien été systématisée par l'Institut de Droit International dans la résolution du 13 septembre 1989, à Saint-Jacques de Compostelle.

Ceci dit quand on recherche les normes coutumières relatives aux droits de l'homme il faut faire acte de prudence (45). La pratique internationale condamne d'abord les violations massives ou systématiques des droits de l'homme. De plus il apparaît que la partie commune des droits dits "indérogeables" dans les différents traités relatifs aux droits de l'homme (droit à la vie, interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants, interdiction de l'esclavage...) à laquelle on ajoutera l'interdiction du déni de justice flagrant (46) correspond à peu près au contenu de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève applicable aux conflits armés non internationaux. Or, comme l'a constaté la C.I.J. dans l'affaire *Nicaragua-Etats-Unis* (1986), ces dispositions ont un caractère coutumier en tant qu'expression des "principes généraux de base du droit humanitaire" et sont applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux. Ne doit-on pas alors considérer que ces "principes généraux et bien reconnus" ont un caractère plus absolu en temps de paix qu'en temps de guerre ? Il y aurait donc là la base d'un corpus coutumier de droit humanitaire mais aussi de droits de l'homme, susceptibles de réunir un très large consensus.

Par contre, le Comité a raison de considérer qu'en tant que tels les droits non "dérogeables" en cas d'urgence nationale, énumérés par exemple à l'article 4 du Pacte (ou 15 de la Convention) ne sont pas tous d'une importance fondamentale ; "l'une des raisons pour lesquelles

(42) L'article 28.2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose "aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée. V. aussi l'article 51 de la Convention sur les droits des enfants.

(43) En dehors de l'arrêt *Loizidou*, on citera à nouveau la décision de la Commission de 1991, *Chrysostomos, Loizidou et autres contre Turquie*. Mais l'utilisation de ce critère est susceptible d'être appliqué plus largement.

(44) P. Dupuy, *Précis de Droit International Public*, 3^e édition, Dalloz 1995, p. 173.

(45) G. Cohen-Jonathan "Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme" dans la *Responsabilité dans le système international*, Pedone 1991, p. 120 et s.

(46) Observation générale §8 in fine ; arrêts de la Cour européenne *Soering* (7 juillet 1989), *Droz et Janousek* (26 juin 1992).

certaines droits ne sont pas susceptibles de dérogation est que leur suspension est sans rapport avec l'état d'urgence nationale...".

D'autres sont plus nécessaires "dans la mesure où ils visent à contrebalancer les intérêts de l'Etat et les droits des individus en période d'exception (47)... Bien qu'il n'existe pas de corrélation automatique entre les réserves émises à l'égard des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé, et celles qui portent atteinte à l'objet et au but du Pacte, il incombe à l'Etat de justifier pareille réserve". A notre sens la vigilance de l'organe de contrôle doit être particulièrement vive à ce sujet même si tous les droits "indérogeables" n'ont pas forcément une nature coutumière (48). Le Comité reconnaît également, prenant le contre-pied de théories souvent avancées, que tous les droits énumérés dans la Déclaration universelle de 1949 n'ont pas systématiquement un caractère coutumier.

On pourra cependant être étonné de voir figurer dans la "liste" des coutumes certains droits comme, par exemple, les droits des minorités qui ne pourraient faire l'objet d'aucune réserve. Ceci concerne particulièrement la France qui a formulé une réserve à l'article 27 du Pacte et l'on rappellera que le Comité dans toute une série de requêtes n'a jamais remis en cause cette réserve (49). Le fera-t-on désormais alors que la notion de minorité est encore bien incertaine (50) et que nous ne discernons pas clairement sur ce point, au niveau universel surtout, une pratique générale, allant au-delà du principe de non-discrimination, acceptée comme étant de droit. Donc *l'identification des dispositions ayant une nature coutumière n'est pas toujours aisée* (51). D'autre part, comme le constate justement le gouvernement français (document précité A/51/40) :

"Si l'on admet que certaines conventions en matière de droits de l'homme formalisent des principes coutumiers, il n'en demeure pas moins que le devoir pour un Etat de se conformer à un principe coutumier général et l'acceptation de se lier à son expression conventionnelle, surtout avec

les développements et précisions que comporte la formalisation par traité ne sauraient être confondus" (C'est nous qui soulignons).

Une telle observation n'est pas infondée. En particulier il nous semble que l'expression coutumière d'un droit représente le "cœur" de ce dernier, sa substance essentielle à laquelle un Etat ne saurait déroger par voie de réserve. Une telle mesure serait en effet condamnée comme générale, au sens matériel, et destructrice de fin ; elle serait contraire à l'objet et au but essentiel du Pacte et de la clause visée en particulier. Par contre des réserves relatives à certaines dispositions *particulières* de l'article en cause peuvent être acceptables, comme le reconnaît d'ailleurs le Comité à propos de l'article 14 (droit à un procès équitable. §8 in fine).

Si l'on respecte cette distinction on pourra trouver un consensus plus large pour admettre qu'il paraît peu admissible à un Etat d'échapper à l'opposabilité d'une règle qu'il était auparavant tenu d'observer. Le raisonnement adopté par le Comité se trouve conforté par la jurisprudence internationale établie à propos de l'affaire du plateau continental de la mer du Nord dans laquelle la C.I.J. a affirmé l'impossibilité dans laquelle se trouvait les Etats d'émettre des réserves à l'égard des règles coutumières codifiées (52), cette impossibilité étant fondée sur le caractère coutumier qui s'applique dans des conditions égales à tous les Etats (53).

Cette thèse n'emporte pas la conviction de tous les auteurs (54) qui reprochent notamment au Comité de confondre coutume et *Jus Cogens* (la rédaction maladroite de l'article 8 se prête à ce grief...). D'autres font valoir qu'une dérogation à une règle coutumière générale n'est pas interdite si elle est acceptée par un partenaire contractuel. Mais la technique de "l'accord spécial" qui est dans la logique des relations inter-étatiques n'est pas adaptée au caractère objectif des droits de l'homme, au fait qu'"une réserve à une norme de caractère coutumier est

(47) Ce qui est le cas de l'article 4 auquel certains Etats ont apporté cependant une réserve. V. la Déclaration de Trinité et Tobago, C.C.P.R./C/2/Rev. 4, 24 août 1994, p. 45.

(48) V. en ce sens le contenu de l'objection de la Belgique à une réserve du Congo concernant l'article 11 du Pacte pour ne pas créer un précédent venant saper la notion de droit indérogeable.

(49) Décision du 8 novembre 1989. T.K. contre France et notre commentaire A.F.D.I. 1989, p. 429 et s.

(50) Comme l'atteste la récente Convention européenne sur la protection des minorités.

(51) V. aussi en ce sens la déclaration américaine précitée du 28 mars 1995.

(52) G. Teboul "Remarques sur les réserves aux conventions de codification. Cette revue 1982, pp. 679-717.

(53) Sauf à réserver la situation du "persistent objector" v. P. Weil "Le Droit International en quête de son identité" Cours général. Académie de la Haye. Rec. 237 (1992-VI), p. 189.

On pourrait par ailleurs considérer qu'un Etat, sur un point qu'il a bien l'intention de respecter en tant que devoir coutumier, ne désire pas être soumis au "monitoring" organisé par le Pacte. Mais une telle attitude risque d'être ambiguë...

(54) Nowak. Chronique de l'activité du C.D.H. Human Rights L.J., 30 décembre 1995, p. 381.

contraire à l'objet et au but du Pacte qui est de protéger toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats", au fait que, finalement, (et on y reviendra) une telle réserve mérite de recevoir une réponse objective de l'Institution chargée du contrôle.

- En fait la confusion apparente opérée par le Comité entre le *Jus Cogens* et le droit coutumier avait pour fin de couper court aux controverses relatives à l'impossibilité absolue de déroger à un droit fondamental ayant un caractère coutumier. Mais fallait-il encore introduire, dans une observation déjà assez "révolutionnaire" (et qui reste précieuse), un nouveau ferment de contestation ?

A supposer que le *Jus Cogens*, sorti de son domaine naturel, puisse être appliqué aux actes unilatéraux (55) il soulève encore, davantage que le droit coutumier, des problèmes relatifs à l'identification de ses règles. En dehors de l'interdiction du génocide ou de l'esclavage, les exemples toujours cités par la Commission du Droit International, le Comité des Nations Unies reconnaît expressément cette qualité à l'interdiction de la torture et la privation arbitraire de la vie.

Bien entendu on admettra sans peine qu'une réserve contraire à une norme de *Jus Cogens* soit invalide (v. la déclaration américaine précitée) mais, comme le note le gouvernement français, tout le problème est de déterminer le contenu de celui-ci. Or on constate d'abord que la C.I.J. (comme la Cour européenne ou interaméricaine) est restée assez discrète à ce sujet. Dans l'affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran en 1980, la C.I.J. multiplie les périphrases pour souligner le "caractère fondamental" des règles relatives à l'inviolabilité diplomatique. Elle relève même le "caractère impératif" des obligations incombant aux Etats. Est-ce une reconnaissance d'une norme de *Jus Cogens* ? La réponse est négative car comme l'explique Prosper Weil (56) : "dans la version anglaise faisant foi, c'est toutefois le mot "imperative" qui est employé et non pas le mot "peremptory" qui caractérise le *Jus Cogens*..." Au contraire, dans l'observation générale, le Comité, lui, utilise bien le mot "peremptory norms".

Sans doute peut-on trouver, ici ou là, quelques mentions éparpillées de la notion de *Jus Cogens* mais là n'est pas notre propos. A notre sens d'abord le Comité des droits de l'homme n'est pas forcément l'autorité la plus qualifiée pour établir une liste des règles du *Jus Cogens*. Il peut jouer par contre un rôle d'impulsion amenant à délimiter un véritable

(55) Pour une attitude très sceptique. V. P. Weil. Cours préc., p. 282.

(56) Cours préc., p. 276.

"noyau dur" des droits de l'homme. Si cette tendance se confirmait ce serait déjà un progrès manifeste en droit international sous la poussée des droits de l'homme. Pour le moment encore, il pouvait faire l'économie de cette théorie (57) en vue de faire accepter la conception restrictive et objective des droits de l'homme qu'il propose avec hardiesse.

- Appliquant plus généralement au Pacte le critère de la compatibilité avec l'objet et le but, le Comité note par exemple qu'une réserve déniait le droit des peuples à l'autodétermination ou touchant à l'obligation de non discrimination ne serait pas acceptable. Ce qui lui paraît particulièrement préoccupant concerne les réserves formulées en termes généraux qui ont essentiellement pour effet de rendre inopérants tout ou partie des droits énoncés dans le pacte dont le respect exigerait une modification du droit interne. Or celui-ci est parfois maintenu et prévaut sur les dispositions du Pacte qui ne sont pas réellement acceptées. Déjà, à l'égard des Etats-Unis, le Comité avait regretté que certaines déclarations masquaient difficilement le fait que l'Etat n'acceptait que ce qui était déjà inscrit dans sa législation (58). Mais ce genre de considérations et de critiques peut être repris aisément par d'autres Comités d'experts invités, nous l'avons vu, à relever les réserves destructrices de fin. Certaines réserves à la Convention sur les droits de l'enfant vont beaucoup plus loin : l'Iran, par exemple, qui se réserve le droit de ne pas appliquer n'importe quelle disposition de la Convention, qui est incompatible avec les règles islamiques et la législation interne en vigueur (59). On trouvera d'autres exemples assez curieux à propos de la Convention interdisant toute forme de discrimination à l'égard des femmes. Au-delà du Pacte, l'observation générale en dépit de quelques maladroites, est un guide utile pour tous les organes de contrôle des conventions relatives aux droits de l'homme, s'ils ont la possibilité d'épouser cette dynamique...

2) Restrictions relatives à la compétence des organes de contrôle

Ce point concerne l'arrêt Loizidou en particulier, mais la jurisprudence de la Commission comme de la Cour européenne ont également inspiré le Comité des droits de l'homme, bien que les situations ne soient pas, sous cet angle, tout à fait comparables.

(57) V. F. Sudre "Droit international et européen des droits de l'homme". P.U.F. 1995 p. 42 et s. G. Cohen-Jonathan "La Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme" op. cité, p. 125.

(58) C.C.P.R./C/79/add. 50, p. 3.

(59) W. Schabas "Reservations to the Convention on the rights of the Child". Human rights quarterly vol. 18, mai 1996, p. 478.

Dans l'affaire Loizidou, la Turquie prétendait que les restrictions territoriales dont elle avait assorti ses déclarations d'acceptation du droit de recours individuel (art. 25) et de la juridiction de la Cour (art. 46) s'imposaient aux organes de la Convention, limitant leur compétence aux seuls faits commis sur le territoire de la Turquie. (Ce qui réduisait notablement la notion de juridiction au sens de l'article 1 (60), et excluait en particulier tout contrôle en ce qui concerne les actes qui lui seraient imputables dans la partie Nord de Chypre.)

Compte tenu de la nature de la Convention, du sens ordinaire des articles 25 et 46 à la lumière de leur objet et de leur but, ainsi que de la pratique des Parties contractantes, la Cour va conclure que ces restrictions *ratione loci* (et implicitement les "réserves" *ratione materiae*) dont sont assorties les déclarations de la Turquie ne sont pas valides. (23 mars 1995. A n° 310). Mais cette démonstration mérite d'être explicitée sur certains points qui convergent pour illustrer la notion "d'ordre public européen des droits de l'homme" qui caractérise le système de la Convention.

En bref la Cour relève que les articles 25 et 46 sont des dispositions essentielles à l'efficacité du système de la Convention puisqu'ils délimitent la responsabilité de la Cour et de la Commission, celle d'assurer le respect des engagements des Parties contractantes, aux termes de l'article 19. Pour interpréter ces dispositions clés elle doit tenir compte du caractère singulier de la Convention, qui, à la différence des traités internationaux classiques, *déborde le cadre de la simple réciprocité* entre Etats contractants, et crée des obligations *objectives* qui bénéficient d'une "*garantie collective*" (61). On sait bien en effet que le système de la Convention autorise de plein droit une "action publique" assez originale, un contentieux objectif qui n'a que faire du principe de réciprocité (62). A cela s'ajoute un droit de recours supranational qui, outre la défense d'un droit individuel, aboutit souvent à renforcer la garantie générale des droits fondamentaux.

(60) G. Cohen-Jonathan "Aspects européens des droits fondamentaux". Montchrestien, 1996, p. 14.

(61) Selon les formules utilisées dans l'arrêt Irlande contre Royaume Uni du 18 janvier 1979 (A n° 25, p. 90 §239).

(62) L'Etat défendeur ne peut invoquer pour faire obstacle à l'action publique, ni la teneur des engagements ou des réserves de l'Etat requérant (Commission, décision du 6 décembre 1983, France et autres contre Turquie) ni la non-reconnaissance diplomatique de ce dernier (v. déjà Chypre contre Turquie, décision du 10 juillet 1978, D.R. 13, pp. 219-221), arrêt Loizidou, §41.

L'interprétation doit tenir compte également de deux caractéristiques essentielles : la Convention est un "instrument *vivant* à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles" ; cette démarche ne se limite pas aux dispositions normatives mais vaut également pour le mécanisme de contrôle (63). Dès lors, même s'il était établi que les auteurs de l'acte (une minorité des Parties contractantes actuelles...) avaient admis, voici plus de quarante ans, que les restrictions autres que *ratione temporis* passaient pour admissibles au titre des articles 25 et 46, "pareille preuve ne saurait être déterminante" (§71). En second lieu "l'objet et le but de la Convention, instrument de protection des êtres humains, appellent à interpréter et à appliquer ses dispositions d'une manière qui en rende les exigences concrètes et effectives" (§72). Une telle finalité s'oppose à une doctrine qui permettrait aux Etats de tempérer leur consentement par le jeu de clauses facultatives (64) puisque cela "affaiblirait gravement le rôle de la Commission et de la Cour dans l'exercice de leurs fonctions, mais amoindrirait aussi l'*efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen*" (§75. C'est nous qui soulignons.)

Voilà donc l'argument essentiel (65) et qui se comprend pleinement si l'on relève que le but profond de la Convention est "la réalisation d'une union plus étroite pour la sauvegarde et le développement des droits de l'homme" selon les termes du préambule relevés par la Cour (§77) (66). C'est pourquoi il était vain pour la Turquie d'invoquer le précédent de l'article 36 du Statut de la C.I.J. dont ni le rôle ni la finalité ne sont comparables à celles de la Cour de Strasbourg. Cette dernière pouvait-elle raisonner différemment à partir du moment où toutes les parties contractantes, y compris les nouveaux Etats, acceptent de manière inconditionnelle des clauses facultatives devenues anachro-

(63) Pour un avis contraire v. H. Golsong "Faut-il interpréter la Convention au-delà de la Convention de Vienne sur le droit des traités" in Macdonald et autres "The European System for the protection of Human Rights". Nijhoff 1993, p. 147.

(64) En sortant d'ailleurs du cadre de l'article 64 qui interdit les réserves formulées après la ratification, et au surplus, comme en l'espèce, les réserves de caractère général. V. supra et notre article préc., cette revue 1989, p. 311 (à propos déjà des restrictions relatives au droit de recours individuel en 1987).

(65) Par ailleurs la Cour aura démontré, en suivant les principes établis par la Convention de Vienne (art. 31 §1 et §3b), que la thèse turque ne correspond ni au sens ordinaire des articles 25 et 46, ni à la pratique ultérieurement suivie par les Parties contractantes.

(66) V. PH. Weckel "La concurrence des traités internationaux" Thèse de doctorat en droit-Strasbourg 1989, p. 59 ; v. les Actes du Colloque de Rouen (éd. P. Tavernier) "Quelle Europe pour les droits de l'homme. La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une Union plus étroite" Bruylant 1995. V. notamment le rapport de F. Sudre (p. 39) et nos conclusions (pp. 477-509).

niques, avant même qu'elles ne soient abolies si le Protocole II entre en vigueur. Ici le droit européen des droits de l'homme est trop spécifique pour s'aligner sur le droit international traditionnel.

Peut-il en aller de même pour des Comités d'experts comme le Comité des droits de l'homme, sur ce problème précis tout au moins. Dans le cadre du premier Protocole facultatif, le Comité estime pouvoir contrôler la portée des restrictions de compétence *ratione temporis* (§14 de l'observation générale 24 (52)) mais, par mimétisme avec la jurisprudence européenne, déclare devoir écarter une réserve de caractère normatif qui n'aurait pas été formulée au moment de la ratification du Pacte (§13). Cette attitude est rattachée au respect de l'objet et du but du système qui est notamment "de fournir un mécanisme permettant de surveiller efficacement les obligations souscrites" (§7).

Une telle conception est sans doute souhaitable pour éviter une inégalité de traitement et un désordre peu compatible avec le respect des droits de l'homme. Néanmoins certains Etats (France, Royaume Uni) ont déjà exprimé leur hostilité en faisant valoir en particulier que le Protocole est un instrument distinct du Pacte. Certains auteurs comme Manfred Nowak ont aussi marqué des doutes à ce sujet (67). On remarquera cependant qu'à part l'Allemagne aucun Etat n'a émis de restriction de ce genre et qu'il ne convient peut-être pas d'encourager une telle pratique... Il existe, il est vrai, une "réserve européenne" qui modifie sur un point la recevabilité des communications individuelles. Elle est particulière et, en tout occurrence, bien acceptée par le Comité des Droits de l'Homme.

II - UNE CONCEPTION OBJECTIVE DE L'APPRÉCIATION DES RÉSERVES

Rien n'interdit à un Etat d'apprécier la compatibilité au but et à l'objet du traité d'une réserve émise par un autre Etat contractant. Les objections formulées par onze Etats à tout ou partie des réserves américaines au Pacte international en sont la preuve, s'il en était besoin. L'élément nouveau est que désormais les institutions chargées du contrôle de l'application du traité - qui sont de plus en plus nombreuses et variées - sont directement impliquées dans une telle appréciation. La constatation qu'elles formulent à l'occasion de l'examen des

rapports périodiques (ou d'une requête individuelle) revêt nécessairement un caractère objectif dont les effets juridiques sont par nature différents de l'appréciation subjective faite par chaque Etat au titre de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

A - Le développement du contrôle institutionnel des réserves

La prétention des instances de Strasbourg, et notamment de la Cour européenne, pour se prononcer sur les réserves n'a jamais provoqué de réelle réaction. Il a fallu certes attendre 1988 (arrêt *Belilos*) pour que la Cour déclare effectivement invalide une réserve mais, depuis lors, ce qui est frappant, c'est surtout la fréquence avec laquelle la Cour se prononce sur ces problèmes avec une autorité accrue quoique son examen reste, apparemment du moins, plutôt formel, pour ménager quelque peu les Etats Souverains. On aura constaté cependant que dans l'arrêt *Loizidou*, la Cour estime qu'elle constitue le gardien de "l'ordre public européen des libertés" et de son mécanisme de contrôle. Cette attitude correspond quand même à un saut qualitatif, surtout si on la compare à la frilosité de la Cour sur certaines questions comme la valeur de certaines mesures conservatoires et à l'arrêt *Cruz Varas* de sinistre mémoire (68).

En comparaison, le rôle que s'attribue le Comité des droits de l'homme, dans l'observation générale 24/52, a fait figure de revirement "révolutionnaire" d'autant plus qu'il concerne à la fois la validité formelle et substantielle des réserves et qu'en outre il influence bien d'autres institutions dans le cadre des divers traités universels relatifs aux droits de l'homme (69). Cette avancée, si elle se confirme, correspondrait à une véritable émancipation du Comité par rapport au carcan des souverainetés étatiques et surtout une manifestation d'autonomie du droit international des droits de l'homme par rapport à un système interétatique qui l'empêche d'avoir une réelle effectivité. Car, vouloir s'en remettre à la seule réglementation de la Convention de Vienne sur le droit des traités (art. 19 et suivants) est totalement inapproprié.

- Le point de départ du "revirement" du Comité est en effet de mettre l'accent sur le caractère inadéquat du système interétatique qui prévaut en matière de réserves dans les conventions multilatérales

(68) Arrêt du 20 mars 1991 et notre critique à la R.U.D.H. 1991, p. 205.

(69) Rapport de la cinquième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. A/49/537, 19 octobre 1994, §30. Voir le dernier rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, A/49/38, p. 13.

(67) Art. préc. H.R.L.J. 1995 n° 12, p. 381.

synallagmatiques. Comme on l'a souvent fait remarquer ce régime très libéral aboutit à décomposer le traité en un faisceau de relations bilatérales dominé par le principe de réciprocité. Il est également livré à l'inévitable subjectivisme des appréciations "individuelles" sur le caractère admissible ou non de la réserve, en l'absence d'une autorité impartiale qui, plus objectivement, trancherait cette délicate question.

Il est clair que ce système est inapproprié pour les traités relatifs aux droits de l'homme qui ont pour effet de créer à la charge de l'Etat des obligations absolues impliquant l'uniformité de conduite à l'égard de tous les individus soumis à la juridiction des Etats contractants, qu'il s'agisse de leurs propres ressortissants, des apatrides ou des étrangers sans aucune discrimination. Il s'agit donc de traités qui dépassent le cadre de la simple réciprocité (70) et n'ont pas pour objet de créer des obligations réciproques.

Dans ces conditions, sans doute des réserves peuvent-elles être formulées, mais il est évident que pour ce type de traités le jeu "acceptation-objection" ne peut déployer les effets juridiques que lui assigne la Convention. Si un Etat formule une réserve à propos d'une disposition donnée, cela ne doit entraîner aucune conséquence sur la portée des obligations des autres parties. En effet, ces dernières ne pourraient, à titre de réciprocité, modifier à l'égard des ressortissants de l'Etat concerné les libertés qu'elles doivent garantir à tous les individus sans aucune discrimination, y compris même d'ailleurs aux ressortissants d'Etats qui ne sont pas parties à la Convention. De même, l'Etat qui fait objection sera obligé de remplir toutes ses obligations même (et l'hypothèse est assez théorique) s'il refuse d'être lié avec l'Etat réservataire. C'est peu de relever "*la fausse efficacité des objections dans le cadre de conventions de ce type*" (71). Ainsi, le "système" de la Convention de Vienne est en tant que tel très peu adapté aux traités sur les droits de l'homme et aux réserves qui sont formulées qu'elles soient normatives et a fortiori procédurales comme la réserve "européenne" tendant à éviter un cumul de procédures entre le mécanisme de la Convention et celui du Pacte. Nous le démontrions déjà en 1977 (72).

(70) Sauf peut-être, cas exceptionnel, comme le relève l'Observation générale, dans le contexte limité des réserves aux déclarations touchant la compétence du Comité faites au titre de l'article 41. (Requêtes interétatiques) (§17).

(71) Selon Sir Gerald Fitzmaurice cité par P.M. Imbert. Rapport au Cinquième Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (Francfort). Pedone, 1982, p. 110. (C'est nous qui soulignons).

(72) V. G. Cohen-Jonathan "Les rapports entre la Convention européenne des Droits de l'Homme et le Pacte des Nations Unies" dans Colloque S.F.D.I. de Bordeaux, Pedone, 1977, p. 321. Finalement, sur ce point, le Comité a estimé qu'une telle réserve ne portait pas atteinte à l'objet et au but du premier Protocole facultatif.

De plus, le respect minimum de l'intégrité des traités sur les droits de l'homme est bien mal assuré. Que se passe-t-il si une réserve est incompatible avec l'objet du traité ? Dans les traités "classiques", la réciprocité ménage une sanction aux Etats dans le cadre de leurs rapports mutuels. Dans les traités où la réciprocité ne doit jouer aucun rôle, quelle est la sanction ? Si certains Etats formulent une objection, la réserve, apparemment, *subsiste en déployant ses effets à l'égard des individus* placés sous la juridiction de l'Etat auteur de la réserve ; pour que la protestation des autres Etats contractants ait une conséquence, il faudrait que le texte le précise en indiquant (comme l'a fait la Convention anti-raciale de 1965) quel pourcentage d'objections est susceptible de déclencher un tel effet général.

Nous pensons qu'il est inutile de poursuivre la démonstration pour vérifier que les droits de la personne humaine, véritable destinataire des traités de ce genre, ne sont nullement protégés par le régime de la Convention de 1969 si on veut l'appliquer dans son intégralité. En ce sens on est étonné de la position du gouvernement français adoptée dans sa note au Comité des droits de l'homme à propos du paragraphe 17 de l'Observation générale 24/52 :

"La France ne peut pas reprendre à son compte l'opinion figurant dans le document selon laquelle "les dispositions de la Convention (de Vienne de 1969) concernant le rôle des objections des Etats aux réserves ne permettent pas de régler le problème des réserves émises à l'égard des instruments relatifs aux droits de l'homme."

L'analyse qui en découle repose sur l'idée, que ne consacre aucune règle généralement admise du droit international, que les pactes relatifs aux droits de l'homme relèvent ou devraient relever de règles différentes de celles du droit classique des traités. Elle se fonde également sur le présupposé, fort peu motivé, que les Etats parties n'utiliseraient pas avec tout le discernement ou l'attention voulus leur droit de faire des objections aux réserves."

Il est superflu de répliquer à nouveau sur la première affirmation. S'il en était besoin encore, on trouverait facilement à propos de la Convention sur les droits des enfants (73) ou de celle relative à l'élimi-

(73) V. les exemples cités dans l'article de W. Schabas *prec. H.R.Q.*, mai 1996, p. 473 et s.

nation de toutes les discriminations à l'égard des femmes (74) la difficulté de tirer des solutions utiles à partir d'une analyse classique de la Convention de 1969.

Ceci ne signifie pas que les objections des Etats soient dénuées d'intérêt. Si elles sont convergentes elles faciliteront l'interprétation donnée par l'Organe de contrôle et lui apporteront un appui utile pour affirmer l'autorité de sa contestation. Encore faut-il que tous les Etats prennent conscience de leur responsabilité, que leur vigilance soit permanente, non politisée et si possible basée sur le droit. Or la lecture des réserves et des objections montre que l'attitude souvent peu significative des Etats est loin d'être un "présupposé". Enfin, répétons le, que la spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme commande sur certains points un régime différent du droit classique des traités est une évidence pour tous ceux qui souhaitent que la protection des droits de l'homme soit réelle et effective pour "tout homme" et pour "toute femme" en "tout lieu de la Terre" selon les formules si chères à René Cassin.

Finalement, il n'y a pas de monopole de l'appréciation de la compatibilité d'une réserve aux traités - et sur ce point la rédaction du §18 de l'observation générale 24 (52) doit être nuancée - mais, dans la grande majorité des cas, il est vrai que la réaction de "chaque" Etat - lorsqu'elle se manifeste - ne permet pas d'apporter une réponse suffisante et objective, apte à protéger utilement les individus et notamment les ressortissants de l'Etat qui a émis la réserve.

- C'est pourquoi dans les traités comportant un organe de contrôle il était inévitable que celui-ci joue un rôle déterminant. La démarche a été progressive et, même dans le cadre européen, la solution "institutionnelle" a mis du temps à s'imposer. Elle était forcément plus aisée à obtenir dans un système de caractère juridictionnel. En ce sens les réactions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont aussi symptomatiques (75), en dépit d'une disposition de la Convention (art. 75) qui semblait s'opposer à son intervention dans ce domaine (76).

(74) La situation est inextricable comme l'ont montré plusieurs documents présentés à la dernière conférence mondiale sur les droits de la femme. Depuis plus de dix ans il est suggéré que le Conseil Economique et Social demande un avis consultatif à la C.I.J. sur les difficultés nées de certaines réserves.

(75) Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982 A n° 2 ; Restrictions à la peine de mort. Avis OC-3/83 du 8 septembre 1983 A n° 3.

(76) V. la chronique de C. Cerna, A.F.D.I. 1983, p. 306.

Par contre "l'émancipation" des Comités d'experts indépendants dépendait du degré d'institutionnalisation auquel ils seraient parvenus. Il était normal à cet égard, que le mouvement soit amorcé par le Comité des droits de l'homme. Pendant longtemps, nous l'avons dit, son comportement était très passif mais la situation n'était justement pas satisfaisante à ce sujet (77). Le "saut qualitatif" a été effectué à l'occasion de cette observation générale. Il incombait "nécessairement" au Comité de déterminer si une réserve donnée était compatible avec le Pacte non seulement parce que cette tâche ne pouvait être accomplie par les Etats de manière appropriée s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme mais aussi parce que "le Comité ne pouvait se soustraire à cette tâche dans l'exercice de ses fonctions. Afin de savoir jusqu'où va son *devoir* d'examiner dans quelle mesure un Etat s'acquitte de ses obligations au titre de l'article 40 ou d'examiner une communication soumise en vertu du premier Protocole facultatif, il doit nécessairement se faire une idée de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du Pacte et avec le droit international général. En raison du caractère particulier d'un instrument relatif aux droits de l'homme, la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du Pacte doit être établie *objectivement*, en se référant à des principes juridiques." (78)

Cette doctrine est dans la logique des droits de l'homme qui, une fois de plus, c'est sa raison d'être, dépasse les relations interétatiques. Elle s'inscrit dans tout un courant d'évolution éthique et juridique (79) du droit international des droits de l'homme au sein de l'ordre juridique international. Certes le droit international est "Un" et le droit international général est le droit commun mais il doit admettre la spécificité de certains régimes, qu'il s'agisse du droit international de l'environnement, du droit international des contrats ou du droit international des droits de l'homme, autant de domaines où l'on ne se borne pas à prendre en considération les seuls droits ou intérêts des Etats.

Jean Combacau et Serge Sur concèdent que les règles générales sur les réserves sont peut-être trop laxistes. Le principe dit de l'extension du traité nuit parfois profondément à l'homogénéité des engagements. Ils notent "une réaction se dessine toutefois, au moins dans certains

(77) Etude préc. cette revue 1989, p. 294.

(78) O.G. §18 (souligné par nous).

(79) Que l'on songe aux prolongements de la notion "d'obligation erga omnes", des "interventions" pour la défense des droits de l'homme, de "l'instauration" de procédures non conventionnelles ou informelles des protections des droits de l'homme...

domaines... le Comité des droits de l'homme se reconnaît compétent pour apprécier objectivement (la) compatibilité (des réserves). Mais il s'agit d'un domaine particulier, où sont en cause les intérêts des individus davantage que les droits des Etats, et où intervient une procédure institutionnelle" (80).

Certes, si le traité international relatif aux droits de l'homme ne comporte pas un organe spécial de ce genre, la situation est en quelque sorte dans une impasse peu satisfaisante. C'est heureusement aujourd'hui une situation relativement rare qui, avec le temps, deviendra d'exceptionnelle car tout progrès normatif et conceptuel exige, en ce domaine un organe approprié pour parvenir à une mise en œuvre effective, dans la mesure en particulier où les individus sont les destinataires directs des normes en cause.

Nous ne croyons pas qu'il soit exact de nier la spécificité évidente des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ; elle commande une conception objective des réserves à laquelle ne peut pas répondre la conception subjective et interétatique de la Convention de 1989. Si les rédacteurs de ces instruments n'ont pas prévu de clauses spéciales, d'institutions adéquates en ce domaine, à une époque où d'ailleurs les problèmes ne se posaient pas avec la même ampleur, c'est une lacune dont on ne peut extraire aucune conclusion définitive ; c'est une leçon pour l'avenir et c'est aussi présentement une invitation aux organes en place à analyser leur mission de manière constructive, compte tenu sans doute de leurs pouvoirs mais compte tenu aussi de l'effet utile du traité.

En toute occurrence nous nous plaçons à relever que le Royaume Uni, en dépit d'une attitude généralement critique, concède au Comité des droits de l'homme le pouvoir d'apprécier la conformité des réserves ; cette implication institutionnelle est également reconnue comme légitime par le Rapporteur spécial sur les réserves aux traités, à la Commission du droit international (81).

Mais quelles conséquences tirer de cette appréciation objective ?

(80) "Droit International Public" Montchrestien 2^e ed., p. 137.

(81) A/CN.4/477/add. 1, 13 juin 1996, p. 68 n° 206.

B - Les conséquences juridiques de l'invalidité d'une réserve

Les conséquences du contrôle institutionnel varient en fonction de la nature de l'examen et des pouvoirs de l'organe en cause. A elle seule cette étude mériterait de longs développements. Nous nous contenterons ici de présenter quelques brèves observations.

Si la non-validité résulte d'une décision judiciaire, plusieurs solutions ont été soutenues.

- Selon une première conception, l'Etat qui aurait formulé une réserve non valable ne serait plus partie au traité. On trouve une idée de ce genre dans l'opinion du juge Lauterpacht qui soutenait que l'amendement Connally dont les Etats-Unis et la France avaient assorti la clause de reconnaissance facultative de la juridiction de la C.I.J. apparaissait si manifestement non valable qu'elle rendait nulle la soumission de ces Etats à la clause facultative. On rappellera que le juge Lauterpacht n'avait pas été suivi par la C.I.J. dans cette voie. Dans l'affaire Belilos, par exemple, le gouvernement suisse lui-même ainsi que la Cour écartaient une telle hypothèse.

- Selon une seconde conception, l'Etat qui a fait une réserve non valable reste lié par le traité international en faisant abstraction de la réserve. C'est la position fermement adoptée par la Commission européenne des droits de l'homme.

- Enfin, selon une troisième conception, l'Etat qui a fait une réserve non valable reste partie contractante au traité mais à l'exclusion de la disposition ou de la partie de la disposition du traité couverte par la réserve.

C'est une solution suggérée en l'espèce par la Suisse, au terme d'une explication qui n'est pas toujours d'une clarté saisissante. Finalement cela revient à appliquer *mutatis mutandis* l'article 21 §3 de la Convention de Vienne selon lequel "lorsqu'un Etat qui a formulé une objection à une réserve ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'Etat auteur de la réserve, les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux Etats dans la mesure prévue par la réserve".

Mais cette solution est inapplicable ici car l'article 21 §3 concerne les relations spécifiques entre deux Etats. Elle ne concerne pas la situation dans laquelle un organe judiciaire déclare la réserve contraire à l'article 64 de la Convention. C'est une situation "objective" dont la conséquence ne vise pas les relations bilatérales entre Etats. La Cour

européenne ne fait pas une "objection" au sens classique mais décide si la réserve est ou non valide. Là encore les dispositions de la Convention de Vienne sont inappropriées et mèneraient, si l'on y réfléchit, à un résultat totalement déraisonnable. Finalement c'est la seconde solution qui doit prévaloir. Ainsi, en 1988, dans l'arrêt *Belilos*, la Cour européenne déclare non valide la déclaration ayant valeur de réserve formulée par la Suisse à l'article 6 tout en affirmant que cette invalidité n'affecte pas l'engagement helvétique... et effectue son contrôle sans tenir compte de la réserve. C'est ce dernier élément qui a déclenché la "surprise" des tenants du droit international classique qui n'ont pas compris les conséquences qui découlent de l'"objection institutionnelle" à la réserve.

Dans toutes les affaires postérieures la Cour devait appliquer cette même doctrine. Dans l'arrêt *Loizidou*, cependant elle devait compléter son explication : "la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains" (§93) l'a conduit à juger que *l'invalidité des restrictions n'emporte pas pour autant l'invalidité des déclarations d'acceptation de la compétence des organes de contrôle*. Les nécessités de l'ordre public européen emportent le morcellement de la déclaration turque (82). De la sorte l'acceptation des clauses facultatives demeure intacte mais la Turquie ne peut se prévaloir des restrictions dont elle avait accompagné ses déclarations.

L'invalidité d'une réserve, pour l'avenir, exigerait son retrait par l'Etat mis en cause. La modification de la réserve ("à la baisse") en cas d'invalidité partielle devrait être autorisée, lorsqu'elle est possible (nous pensons notamment à certains cas de non validité formels) (83). Il faudrait cependant imaginer une procédure de contrôle pour en vérifier la régularité et ne pas la considérer comme une réserve nouvelle (84) (voir *supra* p. 927 note 32).

Un Etat mécontent d'une telle "condamnation" qui estime que la réserve en cause était une condition fondamentale de son engagement peut toujours en tirer les conséquences en dénonçant le traité. Dans le cadre européen une telle attitude est difficilement concevable encore qu'elle ait été sérieusement soutenue. Dans un cadre plus vaste, une

position de ce genre n'est pas impossible mais poserait sur le plan politique des problèmes délicats.

Sur le plan universel d'ailleurs, il faut bien concevoir que les différents Comités ont une fonction désormais plus large mais n'ont pas la possibilité - sans l'accord des Etats - d'augmenter leurs pouvoirs sur le plan formel. Chacun d'entre eux exercera d'ailleurs son autorité d'une manière propre. Le Comité pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a fixé dernièrement sa méthodologie de manière détaillée (85).

En ce qui concerne le Comité des droits de l'homme, il adopte avec cran la doctrine *Belilos* et déclare : "La conséquence normale d'une réserve inacceptable n'est pas que le Pacte restera totalement lettre morte pour l'Etat auteur de la réserve. Une telle réserve est dissociable, c'est-à-dire que le Pacte s'appliquera à l'Etat qui en est l'auteur, sans bénéficier de la réserve" (O.G §18). Néanmoins, répondant aux préoccupations de certains pays, dont les Etats-Unis, le Président de cet organe a clairement indiqué "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" (86). (Il en va théoriquement de même des observations "individualisées".)

Le Comité avait préalablement déclaré aux Etats-Unis, avec courtoisie mais fermeté, de bien vouloir réexaminer l'ensemble de ses réserves ; il avait clairement établi "en particulier" que "les réserves au paragraphe 5 de l'article 6 et à l'article 7 du Pacte... paraissent incompatibles avec les fins de cet instrument" (87).

Les Constatations du Comité, rendues sur la base de Communications individuelles, n'ont pas formellement aussi un caractère contraignant (encore qu'au niveau de la recevabilité il s'agit de "décisions" *stricto sensu*...) mais nous partageons, sur ce point, l'opinion d'Alain Pellet en estimant, au-delà de cet aspect formel, que les Etats parties ne sauraient rester insensibles à des constatations effectuées par un organe impartial. C'est pourquoi "l'objection institutionnelle et objective" à une réserve conserve tout son poids. C'est pourquoi aussi, malgré quelques maladresses ou quelques outrances, nous devons être reconnaissants au

(82) §§96-97 et l'opinion dissidente commune aux juges Gölcüklu et Pettiti.

(83) V. l'opinion du juge Valticos dans l'opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt *Chorherr* du 25 août 1993.

(84) On a toujours déploré que le Protocole 11 n'ait pas prévu une procédure d'avis consultatif à propos des réserves. Elle eut été utile à différents points de vue.

(85) CEDAW/C/1995/7 ; A/50/38, p. 20 (1995). Pour le Comité sur les droits des enfants A/49/41, p. 97.

(86) C.C.P.R./C/SR.1406 §3.

(87) C.C.P.R./C/79/add. 50, 7 avril 1995, §14.

Comité d'avoir eu le courage par cette Observation générale de rappeler les Etats à leurs devoirs et d'avoir incité les autres organes comparables à assumer cette responsabilité "naturelle".

La question est posée de savoir si, face aux réactions des Etats souverains, le Comité des droits de l'homme saura établir un compromis fructueux qui ne sacrifie pas les éléments de progrès que cette Observation comporte et qui sont exemplaires pour l'évolution du droit international des droits de l'homme.

RÉSUMÉ

Le nombre et surtout la nature de certaines réserves, destructives de fins, affecte dangereusement l'effectivité des instruments relatifs aux droits de l'homme. Depuis quelques années seulement, les Institutions chargées du contrôle de leur application, mettant en évidence le caractère insuffisant et inadéquat du système interétatique de la Convention de 1969, veulent apporter une solution cohérente et objective au problème de l'appréciation de la validité, formelle et substantielle, des réserves.

Sous l'impulsion de la Cour Européenne et de la Cour interaméricaine, c'est le Comité des droits de l'homme de l'O.N.U. qui, allant plus loin, a déterminé de manière dynamique et restrictive pour les Etats, les nouvelles "règles du jeu". Cette démarche qui n'est pas sans soulever des tensions, illustre l'originalité du Droit international des droits de l'homme au sein de l'ordre juridique international.

SUMMARY

The human rights international conventions application is deeply threatened by the number and the terms of reservations inconsistent with their objectives. For a few years only, institutions in charge of implementation have been enhancing the inadequation of the interstate system of the 1969 Vienna Convention. They have been looking forward to finding an objective and coherent answer to the issue of the reservation validity - from a formal as well as a substantial point of view. Under the influence of the European and Interamerican Courts, the U.N. Human Rights Committee have stated the new "game rules" for the States. This brings out pressures but shows how original can the international law of human rights be into the international law order.

RESUMEN

El número, y sobre todo la naturaleza de determinadas reservas, afecta peligrosamente a la efectividad de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a los derechos humanos, al ser aquellas destructoras de los fines de éstos.

Siguiendo el impulso dado por el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos instituido por el Pacto internacional de derechos civiles y políticos ha ido más lejos, al determinar las nuevas "reglas de juego" de manera dinámica y restrictiva para los Estados. Esta posición, que ha suscitado tensiones, pone de manifiesto la originalidad del Derecho internacional de los derechos humanos en el contexto del orden jurídico internacional.