

OPINION INDIVIDUELLE COMMUNE DE M^{ME} LE JUGE
HIGGINS ET MM. LES JUGES KOOIJMANS, ELARABY,
OWADA ET SIMMA

[Traduction]

Lecture appropriée de l'avis consultatif de la Cour de 1951 — Questions dont la Cour n'a pas été, et n'aurait pu être, saisie en 1951 — Problèmes survenus — Evolution de la pratique des juridictions des droits de l'homme et des organes de surveillance institués par les traités relatifs aux droits de l'homme — Pratique concordante de la Cour internationale en 2002 et 2006 — Article IX de la convention sur le génocide et objet et but de cette convention — La Cour devrait réexaminer sa conception actuelle selon laquelle une réserve à l'article IX n'est pas incompatible avec l'objet et le but de la convention.

1. Au paragraphe 67 de son arrêt, la Cour a déclaré:

«La réserve du Rwanda à l'article IX de la convention sur le génocide porte sur la compétence de la Cour et n'affecte pas les obligations de fond qui découlent de cette convention s'agissant des actes de génocide eux-mêmes. Dans les circonstances de l'espèce, la Cour ne peut conclure que la réserve du Rwanda, qui vise à exclure un moyen particulier de régler un différend relatif à l'interprétation, à l'application ou à l'exécution de la convention, doit être regardée comme incompatible avec l'objet et le but de cette convention.»

2. Nous avons voté en faveur du dispositif (par. 128) mais certaines questions sous-jacentes au paragraphe 67 nous préoccupent grandement.

3. Notre propos, dans cette brève opinion, est double: faire ressortir l'importance de certains aspects récents de la jurisprudence de la Cour en matière de réserves; et examiner la raison qui sous-tend la conclusion répétée de la Cour qu'une réserve à l'article IX de la convention sur le génocide n'est pas contraire à l'objet et au but de ce traité.

4. On relève depuis quelques années une tendance, de la part de certains États, et de certains commentateurs, à considérer que l'avis consultatif rendu par la Cour en 1951 sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* stipule, en matière de réserves, un régime de laisser-faire interétatique, en ce sens que même si ceux qui formulent des réserves à une convention et ceux qui font objection à ces réserves sont censés les uns et les autres garder présents à l'esprit l'objet et le but de la convention, tout serait, en dernière analyse, laissé à la décision des États eux-mêmes.

5. Une lecture appropriée de l'avis consultatif de 1951 montre, selon nous, que c'est là une conclusion hâtive. En 1951, la Cour répondait à

certaines questions précises que lui avait posées l'Assemblée générale, et ce qu'elle a dit doit être interprété dans ce contexte.

6. Il était posé à la Cour trois questions, dont les deux premières sont pertinentes pour notre propos. Des problèmes étaient survenus, touchant notamment les fonctions de dépositaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, parce que certains Etats parties à la convention sur le génocide avaient fait objection à des réserves faites par d'autres Etats. Bien que formulées en termes abstraits, les questions posées à la Cour visaient en réalité des réserves qui avaient été faites à l'article IX, lequel attribue compétence à la Cour pour le règlement des différends relatifs à cette convention. Il était demandé à la Cour i) si un Etat ayant formulé une réserve peut être considéré comme partie à la convention aussi longtemps qu'il maintient sa réserve si une ou plusieurs parties à la convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas, et ii) dans l'affirmative, quel est l'effet de la réserve dans les relations entre l'Etat qui a formulé la réserve et a) les parties qui ont fait une objection à la réserve et b) celles qui l'ont acceptée (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951, p. 16*).

7. Toutes ces questions postulaient que, même si la convention sur le génocide était muette sur la question, des réserves étaient en principe admises. La Cour a établi à sa satisfaction, sur la base des travaux préparatoires et d'autres éléments, qu'il n'y avait effectivement pas d'interdiction de principe des réserves (*ibid.*, p. 22-23). Elle a ensuite cherché à déterminer «le caractère des réserves qui peuvent être formulées» (*ibid.*, p. 23). Soulignant les traits particuliers de la convention sur le génocide et le fait qu'il était souhaitable qu'elle bénéficie d'une adhésion universelle, la Cour est arrivée à la conclusion bien connue que

«c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'Etat qui joint une réserve à son adhésion et de l'Etat qui estime devoir y faire une objection» (*ibid.*, p. 24).

La Cour n'a pas admis que l'efficacité d'une réserve à un traité multilatéral puisse être subordonnée à l'assentiment de toutes les parties (*ibid.*, p. 25).

8. Passant à l'examen de la deuxième question, la Cour a conclu que:

«Comme ... aucun Etat ne peut être lié par une réserve à laquelle il n'a pas consenti, il en résulte nécessairement qu'en fait chaque Etat qui fait objection à une réserve, s'inspirant de son appréciation personnelle de celle-ci dans les limites du critère de l'objet et du but énoncé ci-dessus, peut ou non considérer l'Etat qui a formulé la réserve comme partie à la convention» (*ibid.*, p. 26).

9. La Cour, en 1951, n'avait manifestement pas conscience des dangers inhérents à ses réponses, en ce sens qu'elles donneraient naissance à tout un réseau d'obligations réciproques variées à l'intérieur du cadre d'une convention multilatérale. (Voir sur ce point l'opinion dissidente com-

mune de M. Guerrero, sir Arnold McNair et MM. Read et Hsu Mo, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 31 et suiv.) Dans son avis, la Cour a concédé que «l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges» (*ibid.*, p. 23) et elle a admis que «[l]es inconvénients qu'entraîne cette divergence éventuelle de vues ... sont réels» (*ibid.*, p. 26).

10. En l'occurrence, les problèmes que la Cour pouvait envisager dès 1951 se sont révélés beaucoup plus considérables qu'elle n'eût pu le prévoir. En 1951, la convention sur le génocide était pratiquement seule de son espèce dans le domaine des droits de l'homme. Depuis, il est venu s'y adjoindre une multitude de conventions multilatérales, que les Etats n'ont pas hésité à assortir d'une pléthore de réserves — dont la nature soulève souvent de graves inquiétudes quant à leur compatibilité avec l'objet et le but du traité concerné. Et la grande majorité des Etats, dont la Cour pensait en 1951 qu'ils examineraient attentivement de telles réserves et y feraient objection, ont failli à cette tâche. (A l'heure actuelle, vingt-huit réserves ont été faites par des Etats à la convention sur le génocide et dix-huit Etats ont fait des objections; cinquante-sept Etats ont fait des réserves à la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et vingt-six ont fait des objections; soixante-quinze Etats ont fait des réserves à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et dix-huit ont fait des objections; cinquante-huit Etats ont fait des réserves au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dix-sept ont fait des objections; quarante-cinq Etats ont fait des réserves au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et dix ont fait des objections; et soixante-quatorze Etats ont fait des réserves à la convention internationale relative aux droits de l'enfant et treize ont fait des objections. Voir les états tenus par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/index.htm>, mis à jour au 13 décembre 2005.)

11. Le postulat dont partait la Cour en 1951, à savoir que

«c'est la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la convention qui doit fournir le critère de l'attitude de l'Etat qui joint une réserve à son adhésion et de l'Etat qui estime devoir y faire une objection» (*ibid.*, p. 24),

de manière à maintenir un équilibre entre la liberté de faire des réserves et la faculté qu'ont les autres Etats de les examiner et d'y faire objection, ne s'est pas confirmé dans la réalité: les Etats qui usent de cette faculté ne sont qu'une poignée. Pour la grande majorité, les considérations politiques semblent l'emporter.

12. La Cour elle-même n'était pas invitée, en 1951, à se prononcer sur la compatibilité de réserves particulières à la convention sur le génocide avec l'objet et le but de cette convention, ni d'ailleurs sur le point de savoir si ses réponses quant au rôle des Etats en matière de formulation

de réserves et de réaction à celles-ci ne l'empêchaient pas de le faire. Depuis 1951, il s'est posé au sujet des réserves beaucoup d'autres questions dont la Cour n'était pas non plus, et n'aurait pas pu être, saisie à l'époque. L'une d'elles est de savoir s'il convient de confier aux organes de surveillance institués en vertu des traités multilatéraux des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme un rôle d'appréciation de la compatibilité avec l'objet et le but. Une autre question connexe qui n'a pas été posée à la Cour en 1951 concerne l'étendue des pouvoirs conférés aux juridictions qui sont au centre des grands traités relatifs aux droits de l'homme, telles la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme et, pour l'avenir, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. En 1951, la Cour n'a pas eu l'occasion de se pencher sur l'application du droit des traités à la question de la divisibilité dans le contexte des réserves à des traités relatifs aux droits de l'homme. La convention de Vienne sur le droit des traités conclue en 1969 n'est pas totalement dépourvue d'ambiguïté sur ces points, particulièrement en son article 19. Beaucoup d'autres questions encore concernant les réserves n'ont pas été abordées par la Cour dans son avis consultatif de 1951, soit parce qu'elles ne lui avaient pas été soumises, soit parce qu'elles ne s'étaient pas encore posées dans la pratique des États.

13. Ainsi, l'avis consultatif rendu par la Cour en 1951 n'a pas résolu toutes les questions soulevées par les réserves. Dire cela, c'est constater un fait, et non tenter de fragmenter quelque corps de règles de droit mythique qui embrasserait la totalité des questions relatives aux réserves. Dans son avis consultatif de 1951, la Cour a exposé le droit sur les points qui lui étaient soumis, et sur ces seuls points; elle n'excluait pas pour l'avenir de nouveaux développements juridiques dans des domaines non encore balisés.

14. La question soulevée ici intéresse les réserves en général, et non pas seulement les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme — même si c'est sans doute cette catégorie de réserves qui retient le plus l'attention. Il existe désormais sur nombre de ces problèmes une pratique substantielle et une abondante doctrine. Ce n'est ni le moment ni le lieu, dans une opinion individuelle jointe à un arrêt de la Cour, de nous livrer à une analyse savante, et nécessairement fort longue, de cette pratique et cette doctrine. L'étude des réserves aux traités, dans toute sa complexité, est en cours au sein de la Commission du droit international. (Sur les points abordés dans la présente opinion, voir, en particulier: deuxième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial, rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II, deuxième partie (1997), p. 44-58 (chap. V: «Les réserves aux traités»); dixième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial, rapport de la Commission du droit international, cinquante-septième session, Nations Unies, doc. A/CN.4/558 (1^{er} juin 2005), A/CN.4/558/Add.1 (14 juin 2005), A/CN.4/558/Add.2 (30 juin 2005).)

15. La pratique aussi, dans l'intervalle, a témoigné d'une certaine évolution. Ni la Cour européenne des droits de l'homme ni la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'ont suivi l'approche favorable au «laisser-faire» que l'on a prêtée à la Cour internationale au vu de son avis consultatif de 1951; elle se sont chacune prononcées sur la compatibilité de réserves précises à la convention européenne des droits de l'homme et à la convention américaine des droits de l'homme, respectivement. Elles n'ont pas estimé avoir simplement affaire à des ensembles d'obligations de caractère bilatéral, dont l'appréciation était laissée aux différents Etats parties à la convention en cause. (Voir en particulier *Bellos c. Suisse*, arrêt du 29 avril 1988, CEDH (série A), vol. 132 (1988); *Loizidou c. Turquie*, arrêt du 23 mars 1995, exceptions préliminaires, CEDH (série A), vol. 310 (1995); *The Effect of Reservations on the Entry into Force of the American Convention*, avis consultatif OC-2/82, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série A), n° 2 (1982); *Restrictions to the Death Penalty*, avis consultatif OC-3/83, Cour interaméricaine des droits de l'homme (série A), n° 3 (1983); voir aussi *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, Comité des droits de l'homme, communication n° 845, Nations Unies, doc. CCPR/C/67D/845/1999 (31 décembre 1999).)

16. L'analyse qu'a faite le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 (52), où il s'est efforcé d'apporter quelques réponses à des problèmes contemporains à propos du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, est très proche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine. La pratique de tels organes ne doit pas être considérée comme «faisant exception» au droit tel que l'a dit la Cour internationale en 1951; nous y voyons plutôt un nouveau développement, destiné à répondre à des interrogations dont la Cour n'a jamais été saisie à l'époque et à résoudre des problèmes nouveaux ayant surgi par la suite.

17. En 1999, la Cour a rendu des ordonnances déboutant la Yougoslavie des demandes qu'elle avait introduites contre l'Espagne et contre les Etats-Unis. La Cour a jugé suffisant de motiver sa décision en ces termes:

«Considérant que la convention sur le génocide n'interdit pas les réserves; que la Yougoslavie n'a pas présenté d'objection à la réserve faite par les Etats-Unis à l'article IX; et que cette réserve a eu pour effet d'exclure cet article des dispositions de la convention en vigueur entre les Parties.» (Voir *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 772, par. 32 et 33, et *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999 (II), p. 924, par. 24 et 25.)

18. L'Espagne s'était contentée de faire valoir que l'article IX ne s'appliquait pas dans les relations mutuelles entre l'Espagne et la Yougoslavie. Les Etats-Unis, et c'est là un point intéressant, étaient allés plus

loin et avaient soutenu que leur réserve n'était pas contraire à l'objet et au but de la convention. La Yougoslavie (contrairement à ce qui se passe dans la présente affaire) n'avait pas essayé de plaider que les réserves étaient contraires à l'objet et au but de la convention. Aussi la Cour ne s'est-elle pas prononcée sur ce point.

19. Dans l'ordonnance sur les mesures conservatoires qu'elle a rendue le 10 juillet 2002 en la présente affaire, la Cour ne s'est pas bornée à rappeler que le Congo n'avait pas fait objection à la réserve du Rwanda. Elle a aussi cherché à répondre brièvement à divers autres arguments du Congo, notamment celui selon lequel cette réserve était contraire à l'objet et au but de la convention. Au paragraphe 72, la Cour a déclaré :

« Considérant ... que ladite réserve ne porte pas sur le fond du droit, mais sur la seule compétence de la Cour; qu'elle n'apparaît dès lors pas contraire à l'objet et au but de la convention... » (Voir *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 246, par. 72.*)

20. La Cour a ainsi ajouté sa propre appréciation de la compatibilité de la réserve du Rwanda avec l'objet et le but de la convention sur le génocide. Le paragraphe 67 du présent arrêt sur la compétence ne généralise pas davantage cette conclusion.

21. La Cour ne s'est pas limitée non plus, dans le présent arrêt, à prendre note de la réserve formulée par un des Etats et de l'absence d'objection de la part de l'autre Etat. Les termes du paragraphe 67 (cité plus haut au paragraphe 1) ne sont pas absolument identiques à ceux du paragraphe comparable (par. 72) de l'ordonnance de 2002. Selon nous, il est désormais clair que l'intention n'était pas de laisser entendre que le fait qu'une réserve a trait à la compétence et non au fond emporte nécessairement sa compatibilité avec l'objet et le but de la convention en cause. Cela dépend beaucoup de la convention particulière et de la réserve particulière dont il s'agit. Dans le cas de certains traités, les réserves à des dispositions de fond précises ne seront pas toutes nécessairement contraires à l'objet et au but du traité. Certaines, se rapportant à des dispositions de fond particulières, figurant par exemple dans les pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques ou aux droits économiques sociaux et culturels, pourront ne pas l'être. A l'inverse, une réserve concernant une disposition «procédurale» précise d'une certaine convention pourra être contraire à l'objet et au but du traité. Par exemple, les organes de surveillance institués en application de certaines conventions des Nations Unies sont des éléments centraux dont dépend sans doute toute l'efficacité de ces instruments. Comme le Comité des droits de l'homme l'a souligné dans son observation générale 24, la présentation périodique de rapports à ce comité par les Etats parties, et l'étude de ces rapports, sont au cœur du système des pactes. Si un Etat prétendait accepter les

obligations de fond découlant du pacte tout en refusant de rendre compte de leur exécution ou de participer à l'examen des rapports des Etats par le Comité, cela pourrait être contraire à l'objet et au but du pacte. Il en va sans doute de même en ce qui concerne les organes de suivi d'autres instruments dont l'efficacité repose tout entière sur un système de présentation des rapports par les Etats.

22. Les juridictions des droits de l'homme n'ont pas considéré que l'avis consultatif rendu par la Cour en 1951 leur interdisait de faire davantage que noter si un Etat donné avait fait objection à une réserve. Cette évolution ne crée pas pour autant un «schisme» entre le droit international général représenté par l'avis consultatif de la Cour de 1951 et une «déviation» de ce droit qu'auraient introduite les diverses juridictions en cause.

23. Il faut y voir plutôt un développement du droit permettant de répondre aux réalités contemporaines, développement que rien dans les conclusions énoncées en 1951 par la Cour n'interdit. D'ailleurs, il est clair que la pratique même de la Cour internationale reflète cette tendance des juridictions en question à se prononcer elles-mêmes, quand le besoin s'en fait sentir, sur la compatibilité avec l'objet et le but.

* * *

24. Nous en venons maintenant à notre second point. Bien que nous ayons voté en faveur du paragraphe 128 de l'arrêt, il nous apparaît que certains aspects demandent à être étudiés plus avant.

25. Il est gravement préoccupant qu'en ce début du XXI^e siècle on laisse encore au bon vouloir des Etats le soin de consentir ou non à ce que la Cour statue sur les allégations de génocide qui seraient formulées à leur encontre. Il faut considérer comme très grave qu'un Etat soit à même de soustraire à l'examen judiciaire international une requête le mettant en cause pour génocide. Un Etat qui agit ainsi se montre aux yeux du monde bien peu assuré de ne jamais, au grand jamais, commettre de génocide, l'un des plus grands crimes que l'on connaisse.

26. Le règlement judiciaire des contestations relatives au crime de génocide est hautement souhaitable. Pour autant, on ne saurait dire que tout le dispositif de la convention sur le génocide s'effondrera nécessairement si certains Etats formulent des réserves à l'article IX. Si tel était le cas, l'acceptation de la juridiction de la Cour aurait dû être rendue obligatoire, comme le prévoit maintenant la convention européenne des droits de l'homme pour ce qui est de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour internationale, en 1951, a considéré qu'aucune interdiction de formuler des réserves ne devait être inférée du silence de la convention elle-même sur le génocide. Qui plus est, elle l'a fait en ayant pleinement conscience que les réserves en question se rapportaient en fait à l'article IX. Rappelons à ce propos que la convention définit le génocide (art. II) et énumère les actes qui «seront punis» (art. III). Les articles IV à VII concernent les mesures que doivent prendre les Etats pour punir les

personnes accusées de génocide, et principalement la législation qu'ils doivent édicter sur leur propre territoire. Il est également prévu de traduire ces personnes «devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction». La Cour internationale de Justice n'est manifestement pas la juridiction criminelle envisagée pour juger et punir les individus en question.

27. Tels sont à n'en pas douter les éléments que la Cour a pris en considération pour dire jusqu'à présent qu'une réserve à l'article IX n'est pas incompatible avec les objets et buts de la convention.

28. Mais il est d'autres éléments qui continuent à nous préoccuper. Si la Cour n'est pas un organe de surveillance conventionnel au sens où on l'entend habituellement (dans la mesure où elle ne reçoit pas de rapports que les Etats seraient tenus de lui présenter et qu'elle examinerait pour déterminer si les Etats se conforment au traité en cause), la convention sur le génocide lui assigne néanmoins un rôle important. Selon cette convention, ce sont les Etats qui se contrôlent mutuellement pour vérifier que chacun respecte l'interdiction du génocide. Si un Etat pense qu'un autre Etat commet le crime de génocide, l'article IX lui donne alors la possibilité de saisir la Cour. L'article IX vise les différends qui portent non seulement sur l'interprétation ou l'application de la convention, mais aussi sur son «exécution». En outre, les différends pouvant être soumis à la Cour aux termes de l'article IX comprennent «ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide».

29. Il n'est donc pas évident qu'on ne puisse pas considérer une réserve à l'article IX comme incompatible avec l'objet et le but de la convention, et nous pensons que c'est là une question sur laquelle la Cour devrait revenir afin de l'examiner plus avant.

(Signé) Rosalyn HIGGINS.

(Signé) Pieter H. KOOIJMANS.

(Signé) Nabil ELARABY.

(Signé) Hisashi OWADA.

(Signé) Bruno SIMMA.