



Assemblée générale

Distr. générale
26 mai 2010

Original : français

Commission du droit international

Soixante-deuxième session

Genève, 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2010

Quinzième rapport sur les réserves aux traités

Présenté par Alain Pellet, Rapporteur spécial

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-66	
II. La procédure relative à la formulation des déclarations interprétatives (<i>suite et fin</i>)	67-79	A/CN.4/614
III. La validité des réserves et des déclarations interprétatives (<i>suite et fin</i>)	80-178	A/CN.4/614/Add.1
IV. Les effets des réserves et des déclarations interprétatives (<i>suite</i>)	179	
A. Les effets des réserves, des acceptations et des objections	183-526	A/CN.4/614/Add.2
1. Les règles des Conventions de Vienne	183-196	
2. Les réserves valides	197-385	A/CN.4/614/Add.2 A/CN.4/62
a) Les réserves établies	198-290	A/CN.4/614/Add.2
b) Les effets d'une objection à une réserve valide	291-369	
c) L'effet d'une réserve valide sur les normes extra- conventionnelles	370-385	A/CN.4/624
3. Les réserves non valides	386-514	3
a) Les réserves non valides et les Conventions de Vienne	386-402	3



b)	La nullité d'une réserve non valide et ses conséquences	403-482	10
i)	La nullité de la réserve non valide	403-419	10
ii)	Les effets de la nullité de la réserve non valide.	420-434	15
iii)	Les effets de la nullité de la réserve sur le consentement de son auteur à être lié par le traité	435-482	22
a.	Les deux solutions possibles.	436-454	22
b.	La présomption de la volonté de l'auteur de la réserve non valide.	455-482	31
c.	Les réactions à une réserve non valide.	483-514	41
i.	L'acceptation d'une réserve non valide	485-500	42
ii.	L'objection à une réserve non valide	501-514	46
4.	L'absence d'effet d'une réserve sur les relations conventionnelles entre les autres parties contractantes	515-526	51

IV. Les effets des réserves et des déclarations interprétatives (*suite*)

3. Les réserves non valides

a) Les réserves non valides et les Conventions de Vienne

386. Ni la Convention de Vienne de 1969 ni celle de 1986 ne traitent ouvertement de la question des effets juridiques d'une réserve qui ne respecte pas les conditions de validité substantielle et formelle définies par les articles 19 et 23, dont la réunion permet de considérer que la réserve est établie à l'égard d'un autre État contractant dès lors qu'elle a été acceptée par lui conformément aux dispositions de l'article 20. Les travaux préparatoires des dispositions relatives aux réserves dans ces deux Conventions ne jettent pas davantage de lumière sur les effets – ou l'absence d'effets – résultant de la non-validité d'une réserve.

387. Les effets que les premiers rapporteurs spéciaux de la Commission prêtaient à une réserve non établie découlaient implicitement de leur adhésion au système traditionnel de l'unanimité : l'auteur de la réserve ne pouvait pas prétendre devenir partie au traité. Au demeurant, il ne s'agissait aucunement de déterminer les effets d'une réserve qui ne respectait pas certaines conditions de validité – il n'existait pas de telles conditions dans ce système entièrement intersubjectif, mais, plutôt, ceux d'une réserve qui n'avait pas été acceptée par l'ensemble des autres États contractants et qui, pour cette raison, ne devenait pas « *part of the bargain between the parties* »⁵⁸⁹ [« partie intégrante du marché conclu entre les parties »].

388. Dans cette perspective, J. L. Brierly a estimé en 1950 que « [l]'acceptation d'un traité sous réserve n'a d'effet que lorsque tous les États ou organisations internationales dont le consentement est nécessaire à la validité de cette réserve y ont consenti »⁵⁹⁰. H. Lauterpacht a formulé la même idée de la façon suivante : « Est nulle, s'agissant d'un traité multilatéral, toute signature, ratification, adhésion ou autre façon d'accepter le traité qui s'accompagne d'une ou plusieurs réserves auxquelles toutes les autres parties au traité ne donnent pas leur assentiment »⁵⁹¹. Faute d'être établie de cette manière une réserve ne produit dès lors aucun effet et entraîne la nullité du consentement à être lié par le traité. Le Comité d'experts pour la codification progressive du droit international de la Société des Nations avait déjà souligné cette absence d'effet d'une réserve « sans valeur » :

« Pour qu'il puisse être valablement fait une réserve quelconque sur telle ou telle clause du traité, il est indispensable que cette réserve soit acceptée par tous les contractants, comme elle l'eût été si elle avait été exprimée au cours de la négociation. Sinon la réserve, comme la signature elle-même subordonnée à cette réserve, est sans valeur »⁵⁹².

⁵⁸⁹ J. L. Brierly, Report on the Law of Treaties (A/CN.4/23), *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 241, par. 96. Voir aussi *ibid.*, vol. I, 53^e séance, 23 juin 1953, p. 90, par. 3 (J. L. Brierly).

⁵⁹⁰ Projet d'article 10, par. 3, dans Report on the Law of Treaties (A/CN.4/23), p. 52 (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 240).

⁵⁹¹ Projet d'article 9, dans Report on the Law of Treaties (A/CN.4/63), p. 7 (*Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 91).

⁵⁹² *Journal officiel de la Société des Nations*, huitième année, n° 7, p. 880.

Dans ce système, il s'agissait davantage d'ineffectivité que de non-validité d'une réserve, dont seul le consentement établissait l'acceptabilité ou l'inacceptabilité au regard de toutes les autres parties contractantes.

389. Cependant, même J. L. Brierly, pourtant ferme partisan du système de l'unanimité, était conscient qu'il pouvait y avoir des réserves qui, de par leur nature même ou du fait du traité auquel elles se rapportent, pouvaient *ipso jure* être privées de tout effet potentiel. En observant la pratique conventionnelle, il considérait que certaines dispositions conventionnelles « ne permettent que certaines réserves définies dans le texte et interdisent toutes les autres. Elles sont muettes sur le rôle du dépositaire et sur la question de la consultation des États au sujet des réserves, *car ces problèmes ne peuvent se poser puisqu'aucune réserve n'est autorisée à ce stade* »⁵⁹³. Il en découle que les États n'étaient pas libres d'« accepter n'importe quelle clause spéciale sous forme de réserve »⁵⁹⁴, comme le Rapporteur spécial l'avait soutenu un an auparavant, mais qu'il existait bien des réserves qui ne pouvaient pas être acceptées du fait de leur interdiction par le traité lui-même. Fitzmaurice a endossé l'idée au paragraphe 3 de son projet d'article 37 aux termes duquel :

« Lorsque le traité lui-même permet certaines réserves déterminées, ou une certaine catégorie de réserves, il y a présomption que toutes les autres réserves sont exclues et *ne peuvent être acceptées* »⁵⁹⁵.

390. Les choses ont changé avec le premier rapport de Sir Humphrey Waldock. En effet, rallié au système souple, le quatrième Rapporteur spécial sur le droit des traités subordonnait expressément le droit souverain des États de formuler des réserves à certaines conditions de validité. Malgré des incertitudes concernant sa position quant à la validité des réserves allant à l'encontre de l'objet et du but du traité⁵⁹⁶, le paragraphe 1 du projet d'article 17 de son premier rapport « reconnaît que, *à moins que le traité lui-même n'interdise ou ne limite clairement, expressément ou implicitement* la faculté de faire des réserves, tout État est libre, en vertu de sa souveraineté, de formuler telles réserves qu'il juge bon »⁵⁹⁷. Pourtant, Sir Humphrey n'avait pas jugé opportun de préciser les effets que la formulation

⁵⁹³ Rapport sur les réserves aux conventions multilatérales (A/CN.4/41, p. 10, par. 11) (*Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, p. 3) (italiques ajoutées). Le Rapporteur spécial citait à l'annexe C de son rapport les exemples de la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre de 1930, la Convention portant loi uniforme sur les chèques de 1931 et le Protocole de 1948 amendement la Convention internationale concernant les statistiques économiques, signée à Genève le 14 décembre 1928.

⁵⁹⁴ Report on the Law of Treaties (A/CN.4/23), p. 50, par. 88 (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 239).

⁵⁹⁵ Rapport sur le droit des traités (A/CN.4/101), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 118.

⁵⁹⁶ Premier rapport sur le droit des traités (A/CN.4/144), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. II, p. 74 et 75, par. 10 du commentaire sur le projet d'article 17. Voir aussi le commentaire sur la directive 3.1 (Validité matérielle d'une réserve), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), p. 345 et 346, par. 2 et 3.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 74, par. 9 (italiques ajoutées). Voir aussi *ibid.*, p. 76, par. 15 du commentaire sur le projet d'article 18. Voir en outre *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. I, 651^e séance, 25 mai 1962, p. 160, par. 64 (Yasseen) et les conclusions du Rapporteur spécial, *ibid.*, 653^e séance, 29 mai 1962, p. 178, par. 57 (Sir Humphrey Waldock).

d'une réserve interdite entraîne. En d'autres termes, il posait les critères de validité des réserves sans établir le régime de celles qui ne les respectent pas⁵⁹⁸.

391. Le premier rapport de Sir Humphrey contient cependant certaines pistes de réflexion concernant les effets d'une réserve interdite par le traité. En effet, « lorsqu'une réserve qui n'est pas interdite par le traité est formulée, les autres États ont à faire savoir s'ils l'acceptent ou s'ils la rejettent, alors que s'il s'agit d'une réserve interdite par le traité, ils n'ont pas à le faire puisqu'ils se sont déjà prononcés contre elle dans le traité lui-même »⁵⁹⁹. Même si cette précision ne répond pas directement à la question de l'effet des réserves interdites, elle a le mérite de suggérer que celles-ci sont exclues du champ d'application des dispositions concernant le consentement des États contractants et, par la suite, de celui de l'ensemble des dispositions concernant les effets des réserves, à l'exception de la possibilité de valider une réserve autrement non valide par le consentement unanime de tous les États contractants⁶⁰⁰.

392. Longtemps la Commission a traité séparément – et de manière passablement confuse – la question des réserves incompatibles avec le but et l'objet du traité et celle des réserves interdites. Ainsi l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 20 (« Effets des réserves ») adopté en première lecture par la Commission n'envisageait l'effet juridique d'une réserve qu'en relation avec une objection qui lui aurait été faite en raison de son incompatibilité avec le but et l'objet du traité :

« L'objection faite à une réserve par un État qui la considère comme incompatible avec l'objet et le but du traité empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui fait objection et l'État qui a formulé la réserve, sauf intention contraire exprimée par l'État qui fait objection »⁶⁰¹.

Il ressort également de cette formule que l'effet de l'objection – elle aussi soumise (alors) à la condition de la compatibilité avec l'objet et le but conformément à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice⁶⁰² n'était alors prévu que pour le cas

⁵⁹⁸ A. Verdross a considéré lors de la discussion que lorsque « le traité interdit expressément les réserves (...) il n'y a pas de problème » (ibid., 652^e séance, 28 mai 1962, p. 166, par. 33), sans pour autant donner une solution concrète quant aux effets de la violation d'une telle interdiction expresse. Les membres de la Commission ont cependant été conscients que le problème est susceptible de se poser, comme le démontre la discussion du projet d'article 27 concernant les fonctions du dépositaire (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. I, 658^e séance, 6 juin 1962, p. 213, par. 59 (Sir Humphrey Waldock) et ibid., 664^e séance, 19 juin 1962, p. 261, par. 82 à 95).

⁵⁹⁹ Ibid., vol. II, p. 74, par. 9 du commentaire sur le projet d'article 17. Voir dans le même sens, J. L. Brierly, *Report on the Law of Treaties (A/CN.4/23)*, p. 50, par. 88 (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 239).

⁶⁰⁰ Projet d'article 17, par. 1 *b*, dans Premier rapport sur le droit des traités (A/CN.4/144), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. II, p. 69 : « Il ne peut être formulé de réserve que les dispositions de l'alinéa *a* interdisent expressément ou excluent implicitement sans le consentement préalable de tous les autres États intéressés ». Voir également le projet d'article 18 proposé par Sir Humphrey Waldock en 1965, Quatrième rapport sur le droit des traités (A/CN.4/177 et Add.1 et 2), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1965, vol. II, p. 53. Sur la question du consentement unanime des États contractants et des organisations contractantes, voir par. 494 à 499 ci-dessous.

⁶⁰¹ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1962, vol. II, p. 194.

⁶⁰² La Cour a considéré en 1951 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'État qui joint une réserve à son adhésion et de l'État qui estime devoir y faire une objection. Telle est la norme de conduite qui doit

des réserves contraires (ou considérées comme contraires) à l'objet et au but du traité. Toutefois, suite aux critiques exprimées par plusieurs États quant à cette limitation du droit de faire des objections aux réserves, le Rapporteur spécial a proposé en 1965 une nouvelle formule⁶⁰³ afin de délier plus clairement l'objection et la validité de la réserve. Mais, en conséquence, les réserves non valides sont mises à l'écart des travaux de la Commission et de la Conférence et le resteront jusqu'à l'adoption de la Convention de Vienne.

393. L'absence de règles concernant les réserves non valides dans la Convention de Vienne de 1969 découle d'ailleurs du texte même du paragraphe 1 de son article 21 concernant l'effet de l'acceptation d'une réserve : seules peuvent être considérées comme établies dans le sens de cette disposition les réserves qui sont à la fois valides conformément aux conditions de l'article 19, formulées conformément aux dispositions de l'article 23, et acceptées par une autre partie contractante conformément à l'article 20⁶⁰⁴. Une réserve qui n'est pas valide ne satisfait clairement pas ces conditions cumulatives indépendamment de son acceptation par une partie contractante.

394. Cette précision n'est cependant pas reprise dans le paragraphe 3 de l'article 21 concernant les objections aux réserves. Mais il n'en résulte pas que la Convention détermine les effets juridiques d'une réserve non valide qui a fait l'objet d'une objection : pour qu'une telle objection puisse produire l'effet prévu au paragraphe 3 de l'article 21, il faudra, conformément à l'alinéa c du paragraphe 4 de l'article 20, au moins une acceptation⁶⁰⁵; or les effets de l'acceptation d'une réserve non valide ne sont pas régis par la Convention.

395. Les travaux de la Conférence de Vienne confirment clairement que la Convention de 1969 ne traite aucunement des conséquences des réserves non valides et encore moins de leurs effets. Les États-Unis proposèrent lors de la première session de la Conférence, en 1968, d'ajouter, dans la phrase introductive du paragraphe 4 du futur article 20, après les termes « Dans les cas non visés aux paragraphes précédents du présent article » la précision suivante : « et à moins que la réserve ne soit interdite en vertu de l'article 16 [futur article 19] »⁶⁰⁶. Selon les

guider chaque État dans l'appréciation qu'il lui appartient de faire individuellement et pour son propre compte de la régularité d'une réserve » (*Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J Recueil des Traités 1951*, p. 24). Pour une analyse rigoureuse des différences entre le système juridique adopté par la Commission et l'avis consultatif de la Cour de 1951, voir J. K. Koh, « Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision », *Harvard International Law Journal*, vol. 23, 1982-1983, p. 88 à 95.

⁶⁰³ Quatrième rapport sur le droit des traités (A/CN.4/177 et Add.1 et 2), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1965, vol. II, p. 55, par. 9 du commentaire sur le projet d'article 19. Le paragraphe 4 du projet d'article 19 proposé par Sir Humphrey se lit :

« 4. Dans les autres cas, et à moins que l'État [*sic* – lire « le traité »?] intéressé n'en dispose [*specifies* en anglais] autrement :

a L'acceptation d'une réserve par l'une quelconque des parties confère à l'État auteur de la réserve la qualité de partie au traité à l'égard de cette partie;

b L'objection faite à une réserve par l'une quelconque des parties empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui fait objection et l'État auteur de la réserve ».

⁶⁰⁴ Voir quatorzième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/614/Add.2), par. 199 et suiv.

⁶⁰⁵ Voir par. 315 et 316 ci-dessus.

⁶⁰⁶ A/CONF.39/C.1/L.127, reproduit dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 147, par. 179 v) d.

explications données par H. Briggs, représentant des États-Unis, à l'appui de l'amendement :

« [l']amendement proposé par les États-Unis au paragraphe 4 a pour objet d'étendre le domaine d'application de l'interdiction de certaines catégories de réserves, interdiction énoncée à l'article 16, aux décisions prises par les États dans le cadre du paragraphe 4 de l'article 17 d'accepter une réserve ou d'y faire objection. En particulier, cette proposition d'amendement aurait pour effet d'interdire l'acceptation par un autre État contractant d'une réserve interdite par le traité et le critère de l'incompatibilité avec l'objet ou le but du traité énoncé à l'alinéa c de l'article 16 s'appliquerait alors à cette acceptation ou à cette objection. L'alinéa c ne va pas assez loin parce que, s'il fait état du critère de l'incompatibilité pour interdire une réserve, il ne dit pas de façon explicite que ce critère vaut aussi pour l'acceptation de la réserve ou pour l'objection qui y est faite »⁶⁰⁷.

396. Bien que cela ressorte à peine des explications de H. Briggs qui mettent surtout l'accent sur l'extension des critères de validité d'une réserve aux acceptations et aux objections, l'amendement des États-Unis aurait indéniablement eu pour effet que le système des acceptations et des objections aux réserves établi au paragraphe 4 de l'article 20 aurait été limité aux seules réserves qui satisfont aux critères de validité de l'article 19. L'acceptation ou l'objection à une réserve non valide sont clairement exclues du champ d'application de cet amendement⁶⁰⁸ sans qu'une nouvelle règle concernant ces réserves ait été proposée. M. Wershof, représentant du Canada, souleva alors la question de savoir si « l'alinéa c de l'amendement des États-Unis (A/CONF.39/C.1/L.127) [était] ou non conforme aux intentions de la Commission du droit international en matière de réserves incompatibles? »⁶⁰⁹. Sir Humphrey, en sa qualité d'expert-conseil, répliqua que « la réponse [était] affirmative, puisque cette adjonction reviendrait en fait à énoncer de nouveau la règle déjà posée à l'article 16 »⁶¹⁰.

397. L'amendement « rédactionnel » des États-Unis fut renvoyé au Comité de rédaction⁶¹¹. Pourtant, ni le texte adopté provisoirement par le Comité et présenté à la Commission plénière, le 15 mai 1968⁶¹², ni le texte finalement adopté par la Commission plénière et renvoyé à la Conférence plénière⁶¹³ ne contiennent la

⁶⁰⁷ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11)*, 21^e séance de la Commission plénière, 10 avril 1968, p. 118, par. 11.

⁶⁰⁸ La raison pour laquelle la même restriction ne devrait pas être applicable aux cas prévus par le paragraphe 2 (traités devant faire l'objet d'une application intégrale) et par le paragraphe 3 (actes constitutifs d'organisations internationales) n'est cependant pas tout à fait claire.

⁶⁰⁹ Voir note 607 ci-dessus, 24^e séance, 16 avril 1968, p. 144, par. 77.

⁶¹⁰ *Ibid.*, 25^e séance, 16 avril 1968, p. 144, par. 4. L'article 16 du projet d'articles est devenu l'article 19 de la Convention.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 147, par. 38.

⁶¹² A/CONF.39/C.1/L.344, reproduit dans *Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2)*, note 606 ci-dessus, p. 149, par. 185.

⁶¹³ Le texte a été adopté par 60 voix contre 15, avec 13 abstentions (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11/Add.1)*), 85^e séance de la Commission plénière, 10 avril 1969, p. 236, par. 33 et 34. Pour le texte de cette disposition, voir *Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2)*, note 606, p. 258, par. 57.

formule proposée par les États-Unis sans que cette décision soit expliquée dans les travaux publiés de la Conférence. Il est cependant clair que la Commission du droit international et la Conférence ont considéré que le cas des réserves non valides ne faisait pas l'objet de règles expresses adoptées à la suite de leurs travaux et que les dispositions de la Convention de Vienne ne s'appliquent pas en tant que telles à cette situation.

398. Lors des travaux de la Commission du droit international concernant la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales et les travaux de la Conférence de Vienne de 1986 la question des effets éventuels d'une réserve formulée en dépit des conditions de validité n'a pas été abordée. Pourtant, Paul Reuter, Rapporteur spécial de la Commission sur le sujet, a reconnu que « [m]ême pour les traités entre États, la question des réserves a toujours été une question difficile et controversée, et même les dispositions de la Convention de Vienne n'ont pas mis fin à toutes les difficultés »⁶¹⁴. Néanmoins, « le Rapporteur spécial a jugé prudent de ne pas s'écarter de [la Convention de 1969] pour ce qui est de la conception des réserves »⁶¹⁵.

399. Dans ses observations sur l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, le Royaume-Uni a, au moins en principe⁶¹⁶, également reconnu que la Convention de Vienne de 1969 ne régit pas la question des réserves non valides. Il a expliqué :

« Le Comité considère à juste titre que les articles 20 et 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités contiennent les règles qui, prises conjointement, régissent les effets juridiques des réserves aux traités multilatéraux. Le Royaume-Uni se demande cependant si le Comité a raison de présumer que ces règles sont applicables à des réserves incompatibles. Les règles précitées s'appliquent manifestement aux réserves qui sont pleinement compatibles avec l'objet et le but mais restent sujettes à acceptation ou objection [...]. Il est par contre contestable qu'elles aient été conçues pour s'appliquer également aux réserves qui sont inacceptables *in limine* »⁶¹⁷.

400. Force est en effet d'admettre que ni la Convention de Vienne de 1969, ni celle de 1986 – largement semblables, y compris à cet égard – ne contiennent de règles claires et précises concernant les effets d'une réserve non valide⁶¹⁸. Lors de la

⁶¹⁴ Dixième rapport sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1981, vol. II, première partie, p. 58, par. 53. Le Rapporteur spécial s'est référé aux écrits de P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979 et « La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », *Annuaire français de droit international*, vol. XXIV, 1978, p. 29 à 58.

⁶¹⁵ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. I, 1434^e séance, 6 juin 1977, p. 98, par. 4 (P. Reuter).

⁶¹⁶ Voir note 664 ci-dessous. Bien que le Royaume-Uni considère que les réserves non valides ne sont pas régies par les Conventions de Vienne, la solution qu'il propose revient cependant à leur appliquer purement et simplement le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions.

⁶¹⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (A/50/40), vol. I, p. 138, par. 13.

⁶¹⁸ Dans ce sens voir également G. Gaja, « Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili », dans *Studi in onore di Vincenzo Starace* (Naples, éd. Scientifica, 2008,

présentation de son dixième rapport sur les réserves aux traités, et en particulier de la question des conséquences de la non-validité d'une réserve⁶¹⁹, le Rapporteur spécial a souligné

« Il s'agit de l'une des lacunes les plus graves des conventions de Vienne en la matière – car elles sont [...] muettes sur ce point. On a parlé à cet égard de 'vide normatif', et ce vide est d'autant plus préoccupant que les travaux préparatoires ne donnent guère d'indications claires sur les intentions des auteurs de la Convention de 1969 mais donnent au contraire à penser que c'est délibérément qu'ils ont laissé la question en suspens. Mais ce qui était acceptable dans le cadre d'un traité général consacré au droit des traités en raison des querelles suscitées par la question ne l'est plus dès lors qu'il s'agit justement de combler les lacunes des conventions de Vienne en matière de réserves »⁶²⁰.

401. Dans ce domaine, il se vérifie d'une façon particulièrement frappante que « la Convention de Vienne de 1969 n'a pas figé le droit. Indépendamment même du fait qu'elle laisse subsister de nombreuses ambiguïtés, qu'elle comporte des lacunes sur des points parfois fort importants, et qu'elle n'a pu prévoir les règles applicables à des problèmes qui ne se posaient pas, ou guère, au moment de son élaboration [...], l'adoption de la Convention a constitué le point de départ de pratiques nouvelles qui ne sont pas, ou sont mal, stabilisées à l'heure actuelle »⁶²¹. Dès lors, conformément à la méthode de travail proposée et suivie par le Rapporteur spécial et par la Commission dans le cadre de l'élaboration du Guide de la pratique⁶²², il convient de tenir les règles conventionnelles – qui ne se prononcent pas sur la question des effets des réserves non valides – pour acquises et de « s'efforcer d'en combler les lacunes et, lorsque ceci apparaît réalisable et souhaitable, d'en lever les ambiguïtés mais en préservant leur souplesse et leur flexibilité »⁶²³.

p. 349 à 361; B. Simma, « Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments », *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80th Birthday*, Kluwer, La Haye, 1998, p. 663; Ch. Tomuschat, « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 281, p. 321.

⁶¹⁹ Dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558/Add.2), par. 181 à 208.

⁶²⁰ A/CN.4/SR.2888, 5 juillet 2006, p. 14.

⁶²¹ A. Pellet, Premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1995, vol. II, première partie, p. 166, par. 161.

⁶²² Lors de l'examen du dixième rapport sur les réserves aux traités par la Commission en 2006, « [o]n s'est même demandé si la Commission devrait se pencher sur les conséquences de la non-validité des réserves qui n'étaient pas abordées, peut-être sagement, dans les Conventions de Vienne. Cette lacune ne devrait pas être comblée; le régime qui laissait aux États la faculté de se prononcer sur la validité des réserves et d'en tirer ou non les conséquences existait et il n'y avait pas lieu de le changer » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), p. 314, par. 142). Toutefois, au sein de la Sixième Commission, il a été dit qu'il s'agit d'une question centrale de l'étude [A/C.6/61/SR.17, par. 5 (France)]. Plusieurs délégations ont approuvé l'idée de la nullité d'une réserve non valide [A/C.6/61/SR.16, par. 43 (Suède)]; *ibid.*, par. 51 (Autriche); [A/C.6/61/SR.17, par. 7 (France)] et l'on a exprimé le souhait que les effets concrets de cette nullité soient précisés dans le Guide de la pratique [A/C.6/61/SR.16, par. 59 (Canada)]. Voir également le quatorzième rapport sur les réserves aux traités (2009) (A/CN.4/614), par. 14.

⁶²³ Premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1995, vol. II, première partie, p. 166, par. 163.

402. Il ne s'agit cependant aucunement pour la Commission de légiférer et d'établir *ex nihilo* des règles concernant les effets d'une réserve qui ne satisfait pas aux critères de validité. La pratique étatique, la jurisprudence internationale et la doctrine ont d'ores et déjà développé des approches et des solutions à cette question qui, de l'avis du Rapporteur spécial, sont tout à fait susceptibles de guider les travaux de la Commission. Il ne s'agit pas de créer, mais de systématiser les principes et règles applicables d'une manière raisonnable et en préservant l'esprit général du système de Vienne.

b) La nullité d'une réserve non valide et ses conséquences

i) La nullité de la réserve non valide

403. Dans son dixième rapport sur les réserves aux traités, le Rapporteur spécial a proposé le projet de directive suivant :

3.3.2 Nullité des réserves non valides

Une réserve ne remplissant pas les conditions de validité posées dans la directive 3.1 est nulle de plein droit⁶²⁴.

404. Cette proposition était justifiée par les considérations suivantes :

« Il est prématuré pour la Commission de prendre position sur la question de savoir si la nullité de la réserve vicie le consentement à être lié lui-même : ce point divise la doctrine et ne pourra être tranché que lorsque le rôle de l'acceptation des, et des objections aux, réserves aura été étudié de manière plus approfondie. Il n'en reste pas moins qu'il paraît raisonnable de consacrer d'ores et déjà la solution sur laquelle s'accordent les tenants de la permissibilité et ceux de l'opposabilité, également conforme aux positions prises par les organes de contrôle des traités de droits de l'homme (A/CN.4/477/Add.1, par. 194 à 201) et selon laquelle le non-respect des conditions de validité de la formulation des réserves posées à l'article 19 des Conventions de Vienne et reprises dans le projet de directive 3.1 entraîne la nullité de la réserve. En d'autres termes, s'il n'est pas encore possible pour la Commission de se prononcer sur les conséquences de la nullité de la réserve, elle peut, en revanche, poser, dans un projet de directive 3.3.2, le principe de la nullité des réserves non valides. »⁶²⁵

405. Plusieurs membres de la Commission ont exprimé le point de vue que l'examen du projet de directive 3.3.2, au stade où en étaient alors les travaux de la Commission sur le sujet, était prématuré⁶²⁶ et qu'il devrait être renvoyé à l'examen de la question des effets juridiques des réserves. Bien que le bien-fondé du principe de la nullité d'une réserve non valide n'ait pas été remis en question et ait été jugé convaincant et utile⁶²⁷, il a été souligné que la formulation du projet de directive

⁶²⁴ Dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558/Add.2), par. 200.

⁶²⁵ Ibid.

⁶²⁶ A/CN.4/SR.2888, 5 juillet 2006, p. 19 (Matheson); A/CN.4/SR.2889, 6 juillet 2006, p. 11 (Gaja), A/CN.4/SR.2890, 7 juillet 2006, p. 5 (Fomba); *ibid.*, p. 11 (Yamada); *ibid.*, p. 16 (Mansfield).

⁶²⁷ A/CN.4/SR.2890, 7 juillet 2006, p. 6 (Fomba); *ibid.*, p. 7 (Kemicha); *ibid.*, p. 8 (Economides); *ibid.*, p. 9 (Chee); *ibid.*, p. 11 (Yamada); *ibid.*, p. 16 (Mansfield); *ibid.*, p. 17 (Rodríguez-Cedeño). Un point de vue qui restait isolé consistait à suggérer de ne pas inclure dans le Guide de la pratique des propositions qui tenteraient de défaire le régime juridique établi par la

3.3.2 semble impliquer qu'une réserve non valide n'aurait aucune conséquence quant à la participation de l'État réservataire au traité⁶²⁸.

406. L'examen du projet de directive 3.3.2 a été reporté, à la suite de la discussion au sein de la Commission, pour être considéré avec la question des effets d'une réserve non valide⁶²⁹.

407. La nullité de la réserve et les conséquences et les effets de cette nullité sont deux choses certes interdépendantes, mais qui n'en sont pas moins différentes. Il n'est pas possible d'examiner d'abord les effets de la réserve non valide pour en déduire la nullité : ce n'est en effet pas parce qu'un acte juridique ne produit pas d'effet qu'il est nécessairement nul. Ce sont les caractéristiques de l'acte qui influencent ses effets et non l'inverse. À ce titre, la nullité d'un acte n'est rien d'autre qu'une de ses caractéristiques qui, à son tour, influence la capacité de l'acte à produire ou à modifier une situation juridique.

408. Sur l'acte nul en droit civil, le grand juriste français Planiol a expliqué qu'

« [u]n acte juridique est nul lorsqu'il se trouve privé d'effets par la loi, bien qu'il ait été réellement accompli, et qu'aucun obstacle ne le rende inutile. La nullité suppose que l'acte pourrait produire tous ses effets, si la loi le permettait »⁶³⁰.

Le *Dictionnaire de droit international* définit ainsi le terme de nullité :

« Caractéristique d'un acte juridique, ou d'une disposition d'un acte, dépourvue de valeur juridique, en raison de l'absence des conditions de forme ou de fond nécessaires pour sa validité »⁶³¹.

409. C'est exactement le cas de la réserve qui ne remplit pas les critères de validité de l'article 19 des Conventions de Vienne : elle ne satisfait pas aux conditions de fond nécessaires à sa validité et, pour cette raison, est dépourvue de valeur juridique. Pourtant, la réserve aurait été susceptible de produire ses effets juridiques si elle avait rempli les conditions nécessaires à sa validité.

410. Le principe même de la nullité a par ailleurs été accueilli favorablement par plusieurs délégations lors de l'examen du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session au sein de la Sixième Commission. Seule la Chine a exprimé le point de vue qu'on peut difficilement conclure qu'une réserve était non valide *ab initio* étant donné que les autres parties contractantes sont libres de l'accepter ou non⁶³². Cette position⁶³³, qui reflète fidèlement l'école de l'« opposabilité », fait cependant abstraction de l'existence

Convention de Vienne qui, délibérément, ne s'est pas prononcé sur la question des effets d'une réserve non valide, mais laisse l'appréciation de cette validité à l'auteur de la réserve [A/CN.4/SR.2889, 6 juillet 2006, p. 7 (Rao)].

⁶²⁸ A/CN.4/SR.2889, 6 juillet 2006, p. 11 (Gaja). Voir aussi A/CN.4/SR.2890, 7 juillet 2006, p. 19 (Xue).

⁶²⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), p. 314, par. 139, et p. 317, par. 157.

⁶³⁰ Cité par P. Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 74, 1949-I, p. 208.

⁶³¹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 760 (nullité).

⁶³² A/C.6/61/SR.16, par. 65.

⁶³³ Voir également la position du Portugal (A/C.6/61/SR.16, par. 79).

même de l'article 19 des Conventions de Vienne. S'en remettre à la seule appréciation des parties contractantes pour la détermination de la validité d'une réserve revient en fin de compte à refuser tout effet utile à ces dispositions qui, pourtant, occupent une place tout à fait centrale dans le régime de Vienne et sont formulées (a contrario au moins) non pas comme s'il s'agissait d'éléments dont les États et les organisations internationales devraient tenir compte, mais bien de termes prescriptifs⁶³⁴. En outre, cet argument présuppose que les États peuvent effectivement accepter une réserve qui ne remplit pas les critères de validité posés par la Convention de Vienne de 1969 ou par celle de 1986; ceci est loin d'être établi. Il apparaît au contraire que l'acceptation expresse d'une réserve non valide n'est pas susceptible de « valider » la réserve⁶³⁵ et est, en elle-même, non valide⁶³⁶.

411. Plusieurs autres États ont exprimé le point de vue qu'une réserve non valide doit être considérée comme nulle et non avenue⁶³⁷, tout en soulignant que les conséquences concrètes de cette nullité doivent être précisées⁶³⁸. La représentante du Portugal a souligné avec vigueur :

« L'article 19 de la Convention de Vienne explique clairement qu'une réserve incompatible avec l'objet et le but d'un traité ne peut faire partie des relations conventionnelles entre les États. Une réserve non valide doit donc être considérée comme nulle et non avenue »⁶³⁹.

Et M^{me} Hammarskjöld de continuer :

« La pratique consistant à écarter les réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité est tout à fait conforme à l'article 19 de la Convention de Vienne, qui dit clairement que les réserves de ce genre ne doivent pas faire partie des relations réglées par le traité »⁶⁴⁰.

412. La nullité d'une réserve non valide ne relève nullement de la *lege ferenda*⁶⁴¹; elle est solidement établie dans la pratique étatique.

413. Il n'est pas rare que des États forment des objections à des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité tout en précisant qu'ils considèrent la réserve comme « nulle et non avenue ». Déjà en 1982,

« [l]e Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques [a] consid[éré] comme nulle et non avenue la réserve faite par le Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite lors de son adhésion à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, car cette réserve [allait] à l'encontre

⁶³⁴ « Un État, au moment [...] peut formuler une réserve, à moins [...] », ce qui signifie sans aucun doute qu'« un État NE PEUT PAS formuler une réserve SI [...] ».

⁶³⁵ Voir dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558/Add.2), par. 201 et 202.

⁶³⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, supplément n° 10* (A/64/10), p. 195, note 369. Voir aussi par. 494 à 499 ci-dessous.

⁶³⁷ Suède (au nom des pays nordiques) (A/C.6/61/SR.16, par. 43 à 45); Autriche (ibid., par. 51); France (A/C.6/61/SR.17, par. 5 à 7). Voir également Suède (au nom des pays nordiques) (A/C.6/60/SR.14, par. 22 et 23).

⁶³⁸ Canada (A/C.6/61/SR.16, par. 59); France (A/C.6/61/SR.17, par. 5).

⁶³⁹ Voir cependant A/C.6/61/SR.16, par. 79 (Portugal).

⁶⁴⁰ Ibid., par. 45.

⁶⁴¹ Voir cependant A/C.6/61/SR.16, par. 79 (Portugal).

de l'une des dispositions essentielles de ladite Convention, à savoir que 'la valise diplomatique ne doit être ni ouverte ni retenue' »⁶⁴².

C'est également le cas de l'Italie, qui a formulé une objection à la réserve formulée par les États-Unis au Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

« De l'avis de l'Italie, les réserves aux dispositions de l'article 6 ne sont pas autorisées, comme le spécifie le paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte.

C'est pourquoi cette réserve est nulle et non avenue puisqu'elle est incompatible avec l'objet et le but de l'article 6 du Pacte »⁶⁴³.

En 1995, la Finlande, les Pays-Bas et la Suède ont fait des objections comparables aux déclarations formulées par l'Égypte lors de son adhésion à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination. Les Pays-Bas ont précisé dans leur objection :

« [L]e Royaume des Pays-Bas estime que la déclaration égyptienne relative à l'exigence d'une autorisation préalable avant tout passage dans les eaux territoriales constitue une réserve nulle et non avenue »⁶⁴⁴.

Les Gouvernements finlandais et suédois ont également précisé dans leurs objections qu'ils « considèrent ces déclarations comme nulles et non avenues »⁶⁴⁵. Les réactions de la Suède à des réserves jugées non valides sont d'ailleurs fréquemment assorties de cette précision, indépendamment de la question de savoir si la réserve est interdite par le traité⁶⁴⁶, si elle a été formulée tardivement⁶⁴⁷ ou si elle n'est pas conforme à l'objet et au but du traité⁶⁴⁸. Dans cette dernière catégorie, la réaction suédoise à la déclaration formulée par la République démocratique allemande concernant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁶⁴⁹ est particulièrement explicite :

⁶⁴² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. III, 3).

⁶⁴³ Ibid. (chap. IV, 4)

⁶⁴⁴ Ibid. (chap. XXVII, 3). Le paragraphe 1 de l'article 26 de la Convention de Bâle dispose : « Aucune réserve ou dérogation ne pourra être faite à la présente Convention ».

⁶⁴⁵ Ibid. (chap. XXVII, 3).

⁶⁴⁶ Voir note ci-dessus.

⁶⁴⁷ Bien que l'objection suédoise à la déclaration égyptienne formulée tardivement concernant la Convention de Bâle soit motivée et par l'interdiction des réserves par ladite Convention, et par le fait que « ces déclarations ont été formulées près de deux ans après l'adhésion de l'Égypte à la Convention de Bâle, contrairement à la règle posée par l'article 26, paragraphe 2 de cette Convention » (ibid.). La Finlande, cependant, a motivé son objection par le seul fait que les déclarations étaient, de toute façon, tardives (ibid.). La Belgique a également considéré que la formulation des déclarations égyptiennes était tardive et que, « [p]our ces raisons, le dépôt des déclarations susvisées, même sans aborder le fond de leur contenu, ne peut être accepté » (ibid.).

⁶⁴⁸ Voir les objections de la Suède aux réserves formulées par la Mauritanie et par les Maldives au Pacte international relatif aux droits civils et politiques [ibid. (chap. IV, 4)]; ses objections aux réserves formulées par la République populaire démocratique de Corée, par Bahreïn, par les États fédérés de Micronésie, par les Émirats arabes unis, par Oman et par Brunei à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [ibid. (chap. IV, 8)] ou ses objections à la réserve salvadorienne et la déclaration interprétative thaïlandaise concernant la Convention relative aux droits des personnes handicapées [ibid. (chap. IV, 15)].

⁶⁴⁹ La République démocratique allemande avait en effet déclaré lors de la signature et de la ratification de la Convention qu'elle « ne participera à la prise en charge des dépenses visées au paragraphe 7 de l'article 17 et au paragraphe 5 de l'article 18 de la Convention que dans la

« Le Gouvernement suédois en conclut que la déclaration faite par la République démocratique allemande est incompatible avec l'objet et le but de la Convention et qu'elle est par conséquent nulle conformément à l'alinéa c) de l'article 19 de la Convention de Vienne sur le droit des traités »⁶⁵⁰.

Cette objection précise de manière très claire que la nullité de la réserve ne découle pas de l'objection faite par le Gouvernement suédois, mais de la non-conformité de la déclaration de la République démocratique allemande aux conditions nécessaires à la validité d'une réserve. Il s'agit d'une question objective qui ne dépend pas des réactions des autres parties contractantes, même si celles-ci peuvent contribuer à apprécier l'incompatibilité de la réserve avec les exigences de l'article 19 des Conventions de Vienne rappelées dans le projet de directive 3.1 (Validité substantielle d'une réserve)⁶⁵¹.

414. Il ne s'agit pas ici de conférer aux parties une compétence qui, évidemment, ne leur revient pas. Individuellement, les États contractants et les organisations contractantes ne sont pas autorisés à prononcer l'annulation d'une réserve non valide⁶⁵². Ce n'est, par ailleurs, pas l'objectif de ces objections et ce n'est pas ainsi qu'il convient de les comprendre.

415. Toutefois, et ceci est particulièrement important dans un système dépourvu de mécanisme de contrôle et d'annulation, ces objections expriment le point de vue de leurs auteurs quant à la question de la validité et des effets de la réserve non valide⁶⁵³. Comme le représentant de la Suède au sein de la sixième Commission l'a relevé :

« En théorie, le fait de formuler une objection ne contribue pas à établir la non-validité d'une réserve, mais sert simplement à y attirer l'attention. Une objection n'a donc aucun effet juridique propre et il n'est même pas nécessaire de la considérer comme une objection. Par conséquent, le délai maximum de 12 mois stipulé au paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention ne devrait pas s'appliquer. Toutefois, en l'absence d'organe qui aurait autorité pour déclarer une réserve non valide, comme la Cour européenne des droits de l'homme, ces 'objections' jouent un rôle important »⁶⁵⁴.

416. Le projet de directive 3.3.2 proposé par le Rapporteur spécial dans son dixième rapport a donc sans aucun doute sa place dans la Guide de la pratique et la position dominante des États sur le problème des effets (ou de l'absence d'effets) d'une réserve non valide le confirme clairement.

417. On peut néanmoins se poser la question de savoir si ce projet de directive doit rester dans la troisième partie du Guide de la pratique, consacrée aux questions de la validité des réserves et des déclarations interprétatives ou si, tout compte fait, il est

mesure où elles résultent d'activités correspondant à la compétence que la République démocratique allemande reconnaît au Comité » [ibid. (chap. IV, 9)]. Voir aussi troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6), *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, vol. II, première partie, p. 262, par. 217.

⁶⁵⁰ Ibid.

⁶⁵¹ Voir aussi par. 482 à 513 ci-dessous.

⁶⁵² Voir aussi J. Klabbers, « Accepting the Unacceptable? A New Nordic Approach to Reservations to Multilateral Treaties », *Nordic Journal of International Law*, vol. 69, 2000, p. 184.

⁶⁵³ Voir aussi la directive 3.2 (Appréciation de la validité des réserves), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, p. 291 à 303.

⁶⁵⁴ A/C.6/60/SR.14, par. 22.

plus judicieux de l'intégrer dans la quatrième partie du Guide consacrée aux effets. D'un point de vue purement théorique et étant donné la signification du terme nullité⁶⁵⁵ – il s'agit de ce qui caractérise l'acte non valide –, la place originellement accordée à ce projet de directive semble être tout à fait adaptée. La « nullité » est en effet une des « conséquences de la non-validité »⁶⁵⁶ de la réserve. Il ne s'agit pas, en soi, d'un effet juridique.

418. Toutefois, la troisième partie, et notamment ses trois premières sections, concernent uniquement la validité *substantielle* des réserves. Or, il n'y a aucune raison d'exclure des conditions de validité d'une réserve – dont le non-respect rend la réserve nulle – celles qui concernent la forme. Une réserve qui n'a pas été formulée par écrit⁶⁵⁷, qui n'a pas été notifiée aux autres parties intéressées⁶⁵⁸ ou qui a été formulée tardivement⁶⁵⁹ ne peut pas non plus, en principe, produire d'effets juridiques; elle est nulle de plein droit. Le renvoi à la seule directive 3.1 reprenant l'article 19 des Conventions de Vienne dans le projet de directive 3.3.2 tel qu'il avait été proposé semble donc trop limité. À la réflexion, cette double cause de nullité plaide également pour l'inclusion de ce projet dans la quatrième partie du Guide plutôt que dans la troisième⁶⁶⁰.

419. Dès lors, il n'est certainement pas inutile de poser en principe, dans le cadre de la quatrième partie du Guide de la pratique, qu'une réserve substantiellement ou formellement non valide est nulle de plein droit. Ce projet de directive, qui ouvrira la section 4.5 consacrée aux effets des réserves non valides, pourrait se lire ainsi :

4.5 Effets d'une réserve non valide

4.5.1 Nullité d'une réserve non valide

Une réserve qui ne respecte pas les conditions de validité formelle et substantielle énoncées dans les deuxième et troisième parties du Guide de la pratique est nulle de plein droit.

ii) Les effets de la nullité de la réserve non valide

420. Le simple constat de la nullité de la réserve ne résout cependant pas la question des effets – ou de l'absence d'effets – de cette nullité sur le traité et les

⁶⁵⁵ Voir par. 408 ci-dessus.

⁶⁵⁶ C'est l'intitulé de la section 3.3 dans laquelle il était proposé d'insérer le projet de directive 3.3.2.

⁶⁵⁷ Art. 23, par. 1, des Conventions de Vienne. Voir aussi la directive 2.1.1 (Forme écrite), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), p. 69 à 74.

⁶⁵⁸ Art. 23, par. 1, des Conventions de Vienne. Voir aussi la directive 2.1.5 (Communication des réserves), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), p. 87 à 101.

⁶⁵⁹ Voir les directives 2.3 (Réserves tardives), 2.3.1 (Formulation tardive d'une réserve) à 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 et rectificatif* (A/56/10 et Corr.1), p. 513 à 535, et *ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), p. 271 à 277.

⁶⁶⁰ Au surplus, la directive 4.5 serait l'équivalent pour les réserves non valides de ce que sera la directive 4.1 pour les réserves valides (« Réserves établies ») : l'une comme l'autre concernent les deux catégories de conditions (matérielles ou formelles) pour qu'une réserve doive être considérée comme « établie » dans un cas (à condition qu'elle soit en outre acceptée par au moins un autre État contractant ou organisation contractante) ou « non valide » dans le second cas.

relations conventionnelles qui sont susceptibles d'être établies entre l'auteur de la réserve et les autres parties contractantes; or, comme le montrent les développements précédents, les Conventions de Vienne ne donnent aucune indication quant à cette question. Il faut donc se référer aux principes de base qui imprègnent l'ensemble du droit des traités (à commencer par les règles applicables aux réserves) et d'abord au principe du consentement.

421. Nombreuses sont les objections formulées à l'encontre de réserves considérées comme non valides – parce qu'elles sont soit interdites par le traité soit incompatibles avec son objet et son but – et qui, pourtant, n'empêchent pas le traité d'entrer en vigueur. Cette pratique est en parfaite conformité avec le principe posé à l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article 20 et au paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne – même s'il peut paraître surprenant qu'elle soit principalement (mais non exclusivement) le fait des États occidentaux qui, lors de la Conférence de Vienne, avaient manifesté une grande réticence à l'égard de l'inversion de la présomption vigoureusement appuyée par les pays de l'Est⁶⁶¹. Mais le maintien en vigueur *du traité* laisse entière la question de savoir ce qu'il advient *de la réserve*.

422. L'objection de la Belgique aux réserves de la République arabe unie et du Cambodge à la Convention sur les relations diplomatique permet de poser le problème. Le gouvernement belge a ainsi considéré, lorsqu'il a ratifié la Convention en 1968, que

« la réserve faite par la République arabe unie et le Royaume du Cambodge au paragraphe 2 de l'article 37, comme incompatible avec la lettre et l'esprit de la Convention »⁶⁶²,

sans en tirer de conséquence particulière. Mais en 1975, en réaction à la confirmation de ces réserves et d'une réserve comparable du Maroc, la Belgique a précisé :

« Le Gouvernement du Royaume de Belgique fait objection aux réserves formulées en ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 27 par Bahreïn, le paragraphe 2 de l'article 37 par la République arabe unie (maintenant République arabe d'Égypte), par le Cambodge (maintenant République khmère) et par le Maroc. Le Gouvernement considère toutefois que la Convention reste en vigueur entre lui-même et les États susmentionnés, respectivement, *sauf à l'égard des dispositions qui font dans chaque cas l'objet desdites réserves* »⁶⁶³.

Autrement dit, selon la Belgique, malgré l'incompatibilité des réserves avec « la lettre et l'esprit » de la Convention, cette dernière entre en vigueur entre la Belgique et les auteurs des réserves non valides. Toutefois, les dispositions sur lesquelles portent les réserves ne s'appliquent pas entre les auteurs desdites réserves et la Belgique, ce qui aboutit à aligner l'effet des réserves non valides sur celui des réserves valides.

⁶⁶¹ Voir par. 300 à 306. Voir aussi le commentaire sur la directive 2.6.8 (Expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, p. 212 et 213, par. 1).

⁶⁶² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. III, 3).

⁶⁶³ Ibid. (italiques ajoutées).

423. La solution préconisée par l'objection belge, qui est assez isolée⁶⁶⁴, semble correspondre à ce qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne en cas d'une objection simple⁶⁶⁵.

424. Elle n'en est pas moins fort contestable. En effet, elle ne tire aucune conséquence concrète de la nullité de la réserve, mais la traite de la même façon qu'une réserve valide en réintégrant, par la petite porte, ce qui a été exclu par les auteurs des Conventions de Vienne de 1969 et 1986⁶⁶⁶. Sans doute, rien dans le

⁶⁶⁴ Voir cependant l'objection des Pays-Bas à la réserve formulée par les États-Unis au Pacte relatif aux droits civils et politiques :

« Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas formule une objection à la réserve qui concerne la peine capitale pour les crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans, étant donné qu'il ressort du texte du Pacte et des travaux préparatoires que ladite réserve est incompatible avec le texte, l'objet et le but de l'article 6 du Pacte, qui, aux termes de l'article 4 énonce la norme minimale pour la protection du droit à la vie.

Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas formule une objection à la réserve concernant l'article 7 du Pacte, car il découle du texte et de l'interprétation de cet article que ladite réserve est incompatible avec l'objet et le but du Pacte.

De l'avis du Gouvernement du Royaume des Pays-Bas, cette réserve a le même effet qu'une dérogation de caractère général à cet article, alors qu'aux termes de l'article 4 du Pacte aucune dérogation n'est permise, même en cas de danger public exceptionnel.

Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas considère que les déclarations interprétatives et déclarations des États-Unis n'annulent pas ni ne modifient l'effet juridique des dispositions du Pacte dans leur application aux États-Unis, et qu'elles ne limitent en aucune manière la compétence du Comité des droits de l'homme s'agissant d'interpréter ces dispositions dans leur application aux États-Unis.

Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, les présentes objections ne constituent pas un obstacle à l'entrée en vigueur du Pacte entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis » (ibid. (chap. IV, 4), italiques ajoutées).

Dans ses observations sur l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, le Royaume-Uni a également donné un certain crédit à l'exclusion des parties du traité sur lesquelles portent la réserve : "[l]e Royaume-Uni a la ferme conviction qu'en cas de dissociabilité, ce qu'il faut dissocier, c'est à la fois la réserve et les parties du traité auxquelles elle se rapporte. Toute autre solution serait absolument contraire aux principes et plus spécialement à la règle fondamentale, visée à l'Article 38 1) du Statut de la Cour internationale de Justice, selon laquelle les conventions internationales établissent des règles « expressément reconnues » par les États contractants. Le Royaume-Uni considère qu'il n'est guère possible d'essayer d'imposer à un État, au titre du Pacte, des obligations qu'il n'a pas, de toute évidence, « expressément reconnues », mais qu'il a au contraire dit expressément n'être pas disposé à accepter." (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, p. 138, par. 14).

Dans son rapport à la dix-huitième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, le Groupe de travail sur les réserves n'a également pas complètement exclu une telle solution. Dans ses recommandations, il a suggéré que, "quant aux conséquences de l'invalidité, les seules qui soient envisageables sont que *l'État pourrait être considéré comme n'étant pas partie au traité, ou que l'État est partie au traité mais que la disposition sur laquelle porte la réserve ne s'applique pas*, ou que l'État est partie au traité sans le bénéfice de la réserve" (HRI/MC/2006/5, par. 16, recommandation n° 7, italiques ajoutées). Cette position a été cependant modifiée ultérieurement (voir note 668 ci-dessous). »

⁶⁶⁵ Voir par. 321 à 354 ci-dessus.

⁶⁶⁶ Voir les observations du Royaume-Uni sur l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, 1995, A/50/40, vol. I, p. 138, par. 13. Voir aussi Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Document de travail élargi de M^{me} Françoise Hampson, présenté conformément à la décision 2001/17 de la Sous-Commission (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2), par. 16.

texte de l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne ne suggère-t-il expressément qu'il ne s'applique pas au cas des réserves non valides, mais il ressort clairement des travaux préparatoires que cette question n'était plus considérée comme relevant du projet d'article qui est à l'origine de cette disposition⁶⁶⁷.

425. Comme le représentant de la Suède, parlant au nom des États nordiques, l'a, à juste titre, expliqué lors de la discussion du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-septième session au sein de la Sixième Commission :

« Une réserve incompatible avec l'objet et le but d'un traité n'étant pas conforme à l'article 19, elle ne saurait avoir les effets juridiques prévus à l'article 21. Lorsque le paragraphe 3 de l'article 21 indique que les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux États, dans la mesure prévue par la réserve, il fait référence aux réserves autorisées en vertu de l'article 19. Il serait déraisonnable d'appliquer la même règle aux réserves qui ne sont pas compatibles avec l'objet et le but d'un traité. Une réserve de ce type devrait plutôt être considérée comme non valide et sans effet juridique »⁶⁶⁸.

426. Du reste, la non-pertinence des règles de Vienne est très nettement confirmée par la très grande majorité des réactions des États à des réserves qu'ils considèrent comme n'étant pas valides. Qu'ils spécifient clairement ou non que leur objection n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité à l'égard de l'auteur de la réserve, ils n'en considèrent pas moins sans ambiguïté qu'une réserve non valide est dépourvue de tout effet juridique.

427. Ainsi le Royaume-Uni a fait, lors de la ratification des Conventions de Genève de 1949, une objection aux réserves formulées par plusieurs États d'Europe de l'Est tout en précisant que :

« s'il considère tous les États susmentionnés comme Parties aux Conventions en question, il ne reconnaît pas comme valides les réserves susmentionnées desdits États et que, par conséquent, il considère toute application d'une de ces réserves comme une infraction à la Convention en cause »⁶⁶⁹.

428. Le Belarus, la Bulgarie, la Russie et la Tchécoslovaquie ont également fait des objections à la « déclaration interprétative » des Philippines à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de Montego Bay tout en considérant que cette

⁶⁶⁷ Voir par. 390 à 398 ci-dessus.

⁶⁶⁸ A/C.6/60/SR.14, par. 22. Voir également Malaisie (A/C.6/60/SR.18, par. 86) et Grèce (A/C.6/60/SR.19, par. 39), ou encore dix-neuvième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, sixième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, Rapport de la réunion du Groupe de travail sur les réserves (HRI/MC/2007/5), par. 18 (« [I] n'était pas envisageable qu'un État réservataire demeure partie à un instrument à l'exclusion de la disposition rendue inopérante par sa réserve »).

⁶⁶⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 278, 1957, p. 268. Voir également les objections identiques des États-Unis jointes aux quatre Conventions de Genève. Celle faite à la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre se lit : « Rejetant les réserves faites par certains États à l'égard de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, les États-Unis d'Amérique acceptent d'avoir avec toutes les parties à la Convention les relations résultant d'un traité, sauf pour ce qui est des modifications proposées par ces réserves » (ibid., vol. 213, 1955, p. 383).

réserve était dépourvue de toute valeur ou de tout effet juridique⁶⁷⁰. La Norvège et la Finlande ont déposé des objections contre une déclaration de la République démocratique allemande concernant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁶⁷¹, largement critiquée par plusieurs États, qui ont considéré « toute déclaration de cette nature comme étant dépourvue d'effets juridiques et ne pouvant en aucune façon amoindrir l'obligation qu'a un gouvernement d'assumer sa part des dépenses du Comité conformément aux dispositions de la Convention »⁶⁷². Et le Portugal, qui a cependant manifesté des doutes quant à la nullité d'une réserve non valide⁶⁷³, a souligné dans son objection à la réserve formulée par les Maldives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes :

« En outre, le Gouvernement portugais considère que ces réserves ne peuvent pas changer ou modifier à aucun égard les obligations découlant de la Convention pour tout État partie »⁶⁷⁴.

429. La pratique étatique est très développée – et fondamentalement homogène – et ne se limite aucunement à quelques États particuliers. Les objections récentes de la Finlande⁶⁷⁵ ou de la Suède⁶⁷⁶, et aussi celles d'autres États comme la Belgique⁶⁷⁷, l'Espagne⁶⁷⁸, les Pays-Bas⁶⁷⁹, la République tchèque⁶⁸⁰ ou encore la Slovaquie⁶⁸¹,

⁶⁷⁰ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. XXI, 6).

⁶⁷¹ Voir note 649 ci-dessus.

⁶⁷² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 9).

⁶⁷³ Voir note 641 ci-dessus.

⁶⁷⁴ *Ibid.* (chap. IV, 8).

⁶⁷⁵ Voir les objections de la Finlande à la réserve du Yémen à la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale [*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 2)], aux réserves faites par le Koweït, la Malaisie, le Lesotho, Singapour et le Pakistan à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [*ibid.* (chap. IV, 8)], à celles de la Malaisie, du Qatar, de Singapour et d'Oman à la Convention sur les droits de l'enfant [*ibid.* (chap. IV, 11)] et dernièrement à la réserve des États-Unis lors de leur consentement à être liés par le Protocole III annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination [*ibid.* (chap. XXVI, 2)].

⁶⁷⁶ Voir l'objection suédoise à la réserve des États-Unis formulée lors de leur consentement à être liés par le Protocole III annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination [*ibid.* (chap. XXVI, 2)]. La Suède a néanmoins précisé que « La Convention entre en vigueur dans son intégralité entre les deux États, sans que les États-Unis d'Amérique puissent se prévaloir de leur réserve ».

⁶⁷⁷ Voir l'objection belge à la réserve de Singapour à la Convention relative aux droits de l'enfant, considérant que « le paragraphe 2 des déclarations concernant les articles 19 et 37 de la Convention, ainsi que le paragraphe 3 des réserves concernant les limites constitutionnelles à l'acceptation des obligations, inhérentes à la Convention sont contraires à l'objet et aux buts de la Convention et par conséquent sont dépourvues d'effet en droit international » [*ibid.* (chap. IV, 9)].

⁶⁷⁸ Voir l'objection espagnole à la réserve formulée par le Qatar à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : « Le Gouvernement espagnol estime que les déclarations susmentionnées sont dépourvues d'effet juridique et n'exonèrent nullement le Qatar des obligations que lui impose la Convention ni ne les modifient » [*ibid.* (chap. IV, 8)].

voire même de certaines organisations internationales⁶⁸² sont bien souvent assorties du constat que la réserve non valide est dépourvue d'effet juridique.

430. L'absence de tout effet juridique en tant que conséquence directe de la nullité de la réserve non valide, qui, par ailleurs, découle directement de la notion même de nullité⁶⁸³, a été également affirmée par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte par la jurisprudence internationale de 1994. Le Comité a ainsi considéré que l'un des aspects de la « conséquence normale » de la non-validité d'une réserve est, entre autres que son auteur ne peut pas bénéficier de sa réserve⁶⁸⁴. Il est significatif que,

⁶⁷⁹ Voir l'objection néerlandaise à la réserve formulée par El Salvador à la Convention relative aux droits des personnes handicapées : « Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas croit comprendre que la réserve formulée par le Gouvernement de la République d'El Salvador n'exclut ni ne modifie l'effet juridique des dispositions de la Convention dans leur application à la République d'El Salvador » [ibid. (chap. IV, 15)].

⁶⁸⁰ Voir l'objection tchèque à la réserve formulée par le Qatar à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : « Le Gouvernement tchèque fait donc objection aux réserves susmentionnées formulées par l'État du Qatar à la Convention. Cette objection n'empêche pas l'entrée en vigueur de la Convention entre la République tchèque et l'État du Qatar. La Convention entre en vigueur dans son intégralité entre les deux États, sans que le Qatar puisse se prévaloir de sa réserve » [ibid. (chap. IV, 8)].

⁶⁸¹ Voir l'objection slovaque à la réserve du Pakistan au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, précisant que « le Pakistan ne peut se prévaloir de la réserve qu'il a formulée » [ibid. (chap. IV, 3)] ou encore celle formulée par le Qatar à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : « Cette objection n'empêche pas l'entrée en vigueur de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes entre la République slovaque et l'État du Qatar. La Convention entre en vigueur dans son intégralité entre la République slovaque et l'État du Qatar, sans que l'État du Qatar puisse se prévaloir des réserves et déclarations » (ibid.).

⁶⁸² Voir les objections faites conjointement par la Communauté européenne et ses membres (République fédérale d'Allemagne, Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas et Royaume-Uni) aux déclarations formulées par la Bulgarie et par la République démocratique allemande à la Convention sur le transport international de marchandises. Dans les deux objections identiques, leurs auteurs ont considéré que : « De par son contenu, la déclaration faite [...] au sujet de l'article 52, paragraphe 3, offre toutes les apparences d'une réserve à cette disposition, alors qu'une telle réserve est expressément interdite par la Convention. La Communauté et ses États membres estiment, par conséquent, que cette déclaration ne saurait en aucun cas leur être opposable et ils la considèrent dépourvue de tout effet » [ibid. (chap. XI, A, 16)].

⁶⁸³ Voir par. 408 ci-dessus.

⁶⁸⁴ Rapport du Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, p. 127 et 128, par. 18. Voir également Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, Réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme, Document de travail final présenté par M^{me} Françoise Hampson (E/CN.4/Sub.2/2004/42), par. 57 (« Il serait surprenant qu'un organe de contrôle d'un traité relatif aux droits de l'homme donne effet à une réserve qu'il a jugée incompatible avec l'objet et le but d'un traité ») et Document de travail élargi de M^{me} Françoise Hampson, note 666 ci-dessus, par. 59 (« *A monitoring body cannot be expected to give effect to a reservation it has found to be incompatible with the objects and purposes of the treaty* » [On ne peut pas attendre d'un organe de contrôle qu'il donne effet à une réserve qu'il a jugée incompatible avec l'objet et le but du traité (traduction du Rapporteur spécial)]). Le Comité des droits de l'homme mêle dans une formule unique la question de l'impossibilité pour la réserve incompatible de

malgré la vivacité des réactions des États-Unis, de la France et du Royaume-Uni à l'observation générale n° 24, aucun de ces trois États n'ait contesté cette position⁶⁸⁵.

431. Le Comité des droits de l'homme a ultérieurement confirmé cette conclusion de son observation générale n° 24 à l'occasion de la communication de *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*. Dans sa décision sur la recevabilité de la demande⁶⁸⁶, le Comité s'est prononcé sur la validité de la réserve formulée par l'État partie lorsqu'il a de nouveau adhéré au premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte le 26 mai 1998 après l'avoir dénoncé le même jour. Par sa réserve, la Trinité-et-Tobago visait à exclure de la compétence du Comité les détenus condamnés à la peine capitale⁶⁸⁷. Le Comité, se basant sur la nature discriminatoire de la réserve, a considéré qu'elle « ne peut pas être déclarée compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif »⁶⁸⁸. Et le Comité de conclure :

« La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif »⁶⁸⁹.

Autrement dit, selon le Comité des droits de l'homme, la réserve de la Trinité-et-Tobago n'exclut pas l'application du Protocole facultatif à l'égard du demandeur, lui-même détenu condamné à la peine capitale. Elle ne produit donc ni l'effet juridique attaché à une réserve établie⁶⁹⁰, ni celui d'une réserve valide qui a fait l'objet d'une objection⁶⁹¹. Elle ne produit aucun effet.

432. La Cour interaméricaine des droits de l'homme a également estimé qu'une réserve non valide visant à limiter la compétence de la Cour ne saurait produire aucun effet. Dans son arrêt *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*, la Cour a souligné :

« *Trinidad and Tobago cannot prevail in the limitation included in its instrument of acceptance of the optional clause of the mandatory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in virtue of what has been established in Article 62 of the American Convention, because this limitation is incompatible with the object and purpose of the Convention* »⁶⁹².

déployer ses effets (qui n'est pas contestée) et celle de l'effet de cette incompatibilité sur la qualité de partie de son auteur (qui suscite de grands débats – voir par. 435 à 481 ci-dessus).

⁶⁸⁵ Voir les observations des États-Unis (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe VI, p. 130 à 134), du Royaume-Uni (*ibid.*, p. 134 à 139) et de la France (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 40 (A/51/40)*, vol. I, annexe VI, p. 105 à 108).

⁶⁸⁶ Communication n° 845/1999, décision du 2 novembre 1999 (CCPR/C/67/D/845/1999).

⁶⁸⁷ Conformément à l'autre élément des conclusions de son observation générale n° 24, le Comité postule que l'État partie était demeuré lié par le Protocole; même si l'on admet que la Trinité-et-Tobago avait pu se retirer du Protocole pour le ratifier à nouveau aussitôt (point sur lequel le Rapporteur spécial ne prend pas position ici), ceci, en revanche, ne va pas de soi (voir par. 455 à 481 ci-dessous).

⁶⁸⁸ *Ibid.*, par. 6.7.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ Quatorzième rapport sur les réserves aux traités (2009) (A/CN.4/614/Add.2), par. 262 à 267.

⁶⁹¹ Voir par. 291 à 369 ci-dessus.

⁶⁹² Jugement du 1^{er} septembre 2001, *Hilaire c. Trinité-et-Tobago, exceptions préliminaires*, série C, n° 80, par. 98. Voir aussi le jugement du même jour, *Benjamin et al. c. Trinité-et-Tobago, exceptions préliminaires*, série C, n° 81, par. 89. Dans ce dernier jugement, la Cour arrive à la même conclusion sans pour autant préciser que la réserve était incompatible avec l'objet et le but de la Convention.

[« La Trinité-et-Tobago ne peut pas se prévaloir de la limitation comprise dans son instrument d'acceptation de la clause facultative de la compétence obligatoire de la Cour interaméricaine des droits de l'homme conformément à l'article 62 de la Convention américaine, car cette limitation est incompatible avec l'objet et le but de la Convention ».]

433. La Cour européenne des droits de l'homme a suivi cette approche dans son principe dans les affaires *Weber c. Suisse*⁶⁹³, *Belilos c. Suisse*⁶⁹⁴ et *Loizidou c. Turquie*⁶⁹⁵. Dans les trois affaires, la Cour, après avoir constaté la non-validité des réserves suisse et turque, a appliqué la Convention européenne comme si les réserves n'avaient pas été formulées. Elles n'ont par conséquent produit aucun effet juridique.

434. Eu égard à cette large acceptation, il paraît indispensable d'inclure le principe même de l'absence de tout effet juridique d'une réserve non valide sur le traité dans un projet de directive 4.5.2 qui pourrait se lire comme suit :

4.5.2 Absence d'effet juridique d'une réserve non valide

Une réserve nulle de plein droit aux termes de la directive 4.5.1 est dépourvue de tout effet juridique.

iii) Les effets de la nullité de la réserve sur le consentement de son auteur à être lié par le traité

435. Le projet de directive 4.5.2 – qui ne constitue que la suite logique du projet de directive 4.5.1 (et pourrait peut-être constituer le second paragraphe de cette disposition) – ne résout cependant pas toutes les questions concernant les effets de la nullité d'une réserve non valide. Bien qu'il soit établi qu'une telle réserve ne peut pas produire d'effet juridique, il reste en effet indispensable de répondre à la question de savoir si son auteur devient partie contractante sans le bénéfice de sa réserve ou si la nullité de sa réserve affecte également son consentement à être lié par le traité. En effet, ces deux solutions satisfont au principe consacrant l'absence d'effet juridique de la réserve : soit le traité entre en vigueur pour l'auteur de la réserve sans que ce dernier puisse se prévaloir de sa réserve non valide qui ne déploie dès lors pas les effets visés; soit le traité n'entre pas en vigueur à l'égard de l'auteur de la réserve et, à l'évidence, la réserve ne produit pas d'effet non plus – aucune relation conventionnelle n'existe⁶⁹⁶. De l'avis du Rapporteur spécial, il est souhaitable – et possible – de trouver un moyen terme (de fait) entre ces deux positions apparemment irréconciliables (et que les partisans de l'une et de l'autre se sont, un temps, employés à présenter comme inconciliables).

a. Les deux solutions possibles

436. La première solution, la séparabilité (*severability*) de la réserve non valide et du consentement à être lié par le traité, trouve aujourd'hui un certain appui dans la pratique étatique. Nombreuses sont en effet les objections qui sont motivées

⁶⁹³ *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, par. 36 à 38, série A, n° 177.

⁶⁹⁴ *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, par. 60, série A, n° 132.

⁶⁹⁵ *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, par. 89 à 98, série A, n° 310.

⁶⁹⁶ D.W. Greig, « Reservations: Equity as a Balancing Factor? », *Australian Year Book of International Law*, vol. 16, 1995, p. 52; R. Goodman, « Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent », *American Journal of International Law.*, vol. 96, 2002, p. 531.

clairement par la non-validité d'une réserve et qui, bien souvent, constatent même la nullité de cette dernière ainsi que son incapacité à produire des effets; néanmoins, dans la quasi-totalité des cas, les auteurs de ces objections ne s'opposent pas à l'entrée en vigueur du traité, voire se déclarent favorables à l'établissement d'une relation conventionnelle avec l'auteur de la réserve. Étant donné l'absence d'effet juridique d'une réserve nulle de plein droit, une telle relation conventionnelle ne pourrait aboutir qu'à lier l'auteur de la réserve par l'ensemble du traité sans qu'il puisse se prévaloir de sa réserve.

437. Cette manière de voir se trouve confirmée par la pratique, suivie notamment par les États nordiques⁶⁹⁷, de ce que l'on est convenu d'appeler objections à effet (ou à visée) « supermaximum »⁶⁹⁸, à l'instar de l'objection suédoise à la réserve formulée par El Salvador à la Convention relative aux droits des personnes handicapées :

« En conséquence, le Gouvernement suédois fait objection à la réserve à la Convention relative aux droits des personnes handicapées formulée par le Gouvernement de la République d'El Salvador et la considère comme nulle et non avenue. Cette objection n'a pas d'incidence sur l'entrée en vigueur de la Convention entre El Salvador et la Suède. La Convention entre donc en vigueur entre El Salvador et la Suède dans son intégralité, sans qu'El Salvador puisse se prévaloir de sa réserve »⁶⁹⁹.

438. Ces objections auxquelles les États nordiques – qui ne sont cependant pas à l'origine de cette pratique⁷⁰⁰ – ont largement recours se sont développées depuis maintenant une quinzaine d'années et sont de plus en plus souvent utilisées notamment par les États européens. Ainsi, outre la Suède, l'Autriche⁷⁰¹, la République tchèque⁷⁰², et les Pays-Bas⁷⁰³ ont également entendu faire produire un effet supermaximum à leurs objections aux réserves salvadorienne et thaïlandaise à la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

439. Plus récemment, au début de 2010, plusieurs États européens ont fait des objections à la réserve formulée par les États-Unis lorsqu'ils ont consenti à être liés par le Protocole III annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme

⁶⁹⁷ Sur cette pratique, voir notamment J. Klabbers, note 652 ci-dessus, p. 183 à 186.

⁶⁹⁸ Voir B. Simma, note 618 ci-dessus, 667 et 668. Voir également le huitième rapport sur les réserves aux traités (2003) (A/CN.4/535/Add.1), par. 96 et par. 364 à 368 ci-dessus.

⁶⁹⁹ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 15). Voir également l'objection suédoise à la réserve formulée par la Thaïlande à la même Convention (ibid.).

⁷⁰⁰ Une des premières objections qui, sans le dire ouvertement, peut être qualifiée d'objection à effet « supermaximum » a été faite par le Portugal en réaction à la réserve des Maldives à la Convention contre toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (note 674 ci-dessus).

⁷⁰¹ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 15). Dans son objection, le Gouvernement autrichien a souligné que « [c]ette objection ne fait cependant pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention, *dans son intégralité*, entre l'Autriche et El Salvador » (italiques ajoutées).

⁷⁰² Ibid.

⁷⁰³ Ibid. (chap. IV, 15). Le Gouvernement des Pays-Bas a précisé qu'« il croit comprendre que la réserve formulée par le Gouvernement de la République d'El Salvador n'exclut ni ne modifie l'effet juridique des dispositions de la Convention dans leur application à la République d'El Salvador ».

produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. De ces objections, pas moins de cinq contiennent des formulations qui visent à produire ce qu'on est convenu d'appeler un effet « supermaximum »⁷⁰⁴. De même, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Lettonie, la Norvège, la République tchèque, la Roumanie et la Slovaquie ont également assorti leurs objections à la réserve du Qatar à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de la précision que ces objections n'empêchent pas l'entrée en vigueur de la Convention entre ces États et l'auteur de la réserve sans que ce dernier puisse se prévaloir de sa réserve⁷⁰⁵. Cette pratique largement européenne est certainement influencée par la recommandation du Conseil de l'Europe sur les réactions face aux réserves aux traités internationaux considérées comme irrecevables de 1999, qui suggère aux États membres l'utilisation de certaines clauses modèles de réaction⁷⁰⁶ et dont les objections précitées s'inspirent très largement.

440. Elle trouve sans aucun doute un certain appui dans les décisions des organes de droits de l'homme et celles des cours régionales, comme la Cour européenne et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

441. Dans son arrêt de principe, *Belilos c. Suisse*⁷⁰⁷, la Cour européenne des droits de l'homme en sa formation plénière n'a pas seulement requalifié la déclaration

⁷⁰⁴ Ibid. (chap. XXVI, 2) : Autriche (« le Gouvernement autrichien fait objection à la réserve susmentionnée formulée par les États-Unis d'Amérique au sujet du Protocole III de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Cette position ne fait toutefois pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention dans son intégralité entre les États-Unis d'Amérique et l'Autriche. »); Chypre (« le Gouvernement de la République de Chypre fait objection à ladite réserve formulée par les États-Unis d'Amérique au Protocole III de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Cette position ne fait toutefois pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention dans son intégralité entre les États-Unis d'Amérique et la République de Chypre. »); Finlande (« Le Gouvernement finlandais fait donc objection à ladite réserve, qu'il juge sans effet juridique entre les États-Unis d'Amérique et la Finlande. Cette objection ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur du Protocole III entre les États-Unis d'Amérique et la Finlande. »); Norvège (« Le Gouvernement du Royaume de Norvège fait objection à la réserve susmentionnée du Gouvernement des États-Unis d'Amérique au Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III) à la Convention des Nations Unies de 1980 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination. Toutefois, cette objection ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur du Protocole dans son intégralité entre les deux États, sans que les États-Unis d'Amérique puissent se prévaloir de leur réserve. »); Suède (« Le Gouvernement suédois fait donc objection à la réserve susmentionnée formulée par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique au sujet de la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, estimant la réserve dénuée d'effet juridique. La présente objection ne fait pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention entre les États-Unis d'Amérique et la Suède. La Convention entre en vigueur dans son intégralité entre les deux États, sans que les États-Unis d'Amérique puissent se prévaloir de leur réserve »).

⁷⁰⁵ *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 8).

⁷⁰⁶ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R (99) 13, 18 mai 1999.

⁷⁰⁷ Requête n° 10328/83, arrêt du 29 avril 1988, série A, n° 132.

interprétative formulée par le Gouvernement suisse, elle a également dû décider si la réserve (faussement qualifiée de déclaration interprétative) était ou non valide. Ayant conclu à la non-validité de la réserve suisse, notamment par rapport aux conditions posées par l'article 64⁷⁰⁸ de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), la Cour a ajouté :

« Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration »⁷⁰⁹.

442. Dans son arrêt *Weber c. Suisse*⁷¹⁰, une chambre de la Cour était appelée à se prononcer sur l'applicabilité du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention, sur sa violation par l'État défendeur, et sur l'application de la réserve suisse concernant cette disposition – qui était, selon l'État défendeur indépendante de sa déclaration interprétative. À cet égard, le Gouvernement suisse a fait valoir que « la réserve suisse à l'article 6 par. 1 (art. 6-1 [*sic*]) (...) empêcherait de toute manière M. Weber de se prévaloir du non-respect du principe de publicité devant les juridictions cantonales »⁷¹¹. La Cour a procédé à l'examen de la validité de la réserve suisse et, plus particulièrement, à sa conformité avec l'article 64 de la Convention. Elle a noté que la réserve

« ne remplit manifestement pas l'une d'elles, le Gouvernement suisse n'ayant pas joint “un bref exposé de la loi” – ou des lois – “en cause”. Or l'exigence du paragraphe 2 de l'article 64 (art. 64-2 [*sic*]) “constitue à la fois un élément de preuve et un facteur de sécurité juridique”; elle “vise à offrir, notamment aux Parties contractantes et aux organes de la Convention, la garantie que la réserve ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État concerné” (arrêt *Belilos* précité, série A, n° 132, p. 27 et 28, par. 59). Sa méconnaissance ne viole pas “une simple exigence de forme”, mais “une condition de fond” (ibid.). Partant, il échet de considérer comme non valide la réserve suisse en question »⁷¹².

Contrairement à son arrêt dans l'affaire *Belilos*, la Cour n'a pas poursuivi son raisonnement en se demandant si la nullité de la réserve avait des conséquences sur l'engagement de la Suisse à être liée par la Convention. Elle se borne purement et simplement à examiner si le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention a été effectivement violé et conclut qu'« [i]l y a[vait] donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1 [*sic*]) »⁷¹³. Sans le dire explicitement, la Cour a ainsi considéré que la Suisse demeurait liée par la Convention européenne, malgré la nullité de sa réserve, et ce sans qu'elle puisse se prévaloir de cette réserve; le paragraphe 1 de l'article 6 lui est opposable en tant que tel.

443. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*⁷¹⁴, la chambre de la Cour de Strasbourg a saisi l'occasion de raffiner sensiblement sa jurisprudence. Bien que, dans cette affaire, la question de la validité n'ait pas été posée quant à une réserve à une disposition de la Convention, mais

708 Aujourd'hui article 57.

709 Requête n° 10328/83, arrêt du 29 avril 1988, série A, n° 132, par. 60.

710 Requête n° 11034/84, arrêt du 22 mai 1990, série A, n° 177.

711 Ibid., par. 36.

712 Ibid., par. 38.

713 Ibid., par. 40.

714 Requête n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, série A, n° 310.

quant à une « réserve » à la déclaration facultative de la Turquie par laquelle elle a reconnu la compétence obligatoire de la Cour conformément aux articles 25 et 46 de la Convention, les enseignements de l'arrêt sont aisément transposables à la problématique des réserves. Après avoir constaté la non-validité des restrictions *ratione loci* dont la Turquie avait assorti ses déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour, les juges de Strasbourg ont continué leur raisonnement en examinant « si, par voie de conséquence, la validité des acceptations elles-mêmes peut être remise en cause »⁷¹⁵. La Cour a noté :

« 93. En examinant cette question, la Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains et de sa mission, fixée à l'article 19 (art. 19), celle d'«assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes parties contractantes» à la Convention.

94. Elle rappelle aussi son arrêt *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988 où, après avoir écarté une déclaration interprétative au motif de sa non-conformité avec l'article 64 (art. 64 [*sic*]), elle a précisé que la Suisse demeurait liée par la Convention, nonobstant l'invalidité de la déclaration (série A, n° 132, p. 28, par. 60).

95. La Cour ne croit pas pouvoir trancher la question de la divisibilité des parties non valides des déclarations de la Turquie en se référant aux déclarations faites par les représentants de celle-ci postérieurement au dépôt des déclarations soit (en ce qui concerne la déclaration relative à l'article 25) [art. 25] devant le Comité des ministres et la Commission, soit (s'agissant des articles 25 et 46) [art. 25, art. 46] à l'audience devant elle. Sur ce point, elle relève que le gouvernement défendeur n'a pu manquer d'avoir conscience, eu égard à la pratique uniforme des Parties contractantes sur le terrain des articles 25 et 46 [art. 25, art. 46] et consistant à accepter sans condition la compétence de la Commission et de la Cour, que les clauses restrictives dénoncées avaient une validité contestable dans le système de la Convention et que les organes de celles-ci pourraient les tenir pour inadmissibles.

Il est intéressant de noter à ce propos que la Commission a déjà exprimé devant la Cour dans ses plaidoiries dans l'*affaire linguistique belge (exception préliminaire)* et l'*affaire Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, arrêts des 9 février 1967 et 7 décembre 1976, série A, n°s 5 et 23 respectivement, l'opinion que l'article 46 (art. 46) n'autorisait aucune restriction quant à la reconnaissance de la compétence de la Cour (voir, respectivement, le second mémoire de la Commission du 14 juillet 1966, série B, n° 3, vol. I, p. 432, et le mémoire de la Commission (exception préliminaire) du 26 janvier 1976, série B, n° 21, p. 119). La réaction ultérieure de plusieurs Parties contractantes aux déclarations turques [...] vient solidement appuyer l'observation qui précède et d'après laquelle la Turquie n'ignorait pas la situation juridique. Qu'elle ait, dans ces conditions, déposé par la suite des déclarations relatives aux deux articles 25 et 46 [art. 25, art. 46] – pour la dernière après la réaction susmentionnée des Parties contractantes – indique qu'elle était prête à courir le risque de voir les organes de la Convention déclarer non valides les clauses limitatives litigieuses sans

⁷¹⁵ Ibid., par. 89.

affecter la validité des déclarations elles-mêmes. Sous cet éclairage, le gouvernement défendeur ne saurait invoquer les déclarations *ex post facto* des représentants turcs pour marquer un recul par rapport à l'intention fondamentale – malgré des tempéraments – d'accepter la compétence de la Commission et de la Cour.

96. Il incombe donc à la Cour, dans l'exercice des responsabilités que lui confère l'article 19 [art. 19 (*sic*)], de trancher la question en se référant au texte des déclarations respectives et à la nature particulière du régime de la Convention. Or, ce dernier milite pour la séparation des clauses attaquées puisque c'est par ce moyen que l'on peut garantir les droits et libertés consacrés par la Convention dans tous les domaines relevant de la "juridiction" de la Turquie au sens de l'article 1 [art. 1 *sic*] de la Convention.

97. La Cour a examiné le texte des déclarations et le libellé des restrictions en vue de rechercher si les restrictions querellées peuvent se dissocier des instruments d'acceptation ou si elles en forment partie intégrante et indivisible. Même en prenant les textes des déclarations relatives aux articles 25 et 46 [art. 25, art. 46 (*sic*)] comme un tout, elle estime que les restrictions dénoncées peuvent se dissocier du reste du texte, laissant intacte l'acceptation des clauses facultatives.

98. Il s'ensuit que les déclarations des 28 janvier 1987 et 22 janvier 1990 relatives aux articles 25 et 46 [art. 25, art. 46 (*sic*)] de la Convention renferment des acceptations valides de la compétence de la Commission et de la Cour. »⁷¹⁶

444. Dans son jugement sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Hilaire c. Trinité et Tobago*⁷¹⁷, la Cour de San José a également noté que, eu égard à la Convention interaméricaine et son objet et son but, la Trinité-et-Tobago ne pouvait pas bénéficier de sa déclaration limitant l'acceptation de la compétence de la Cour tout en restant liée par son acceptation de cette compétence obligatoire⁷¹⁸.

445. Par la communication individuelle introduite par Rawle Kennedy contre la Trinité-et-Tobago, le Comité des droits de l'homme a été saisi d'une problématique comparable concernant la réserve formulée par l'État partie lors de sa réadhésion au premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Après avoir conclu à la non-validité de la réserve ainsi faite en raison de son caractère discriminatoire, le Comité s'est borné à constater : « La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif »⁷¹⁹. Autrement dit, la Trinité-et-Tobago reste liée par le Protocole sans qu'elle puisse bénéficier de la réserve qu'elle a formulée.

446. Cette dernière décision du Comité des droits de l'homme est conforme à ses conclusions figurant dans l'observation générale n° 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant ou de l'adhésion à ces instruments ou en rapport avec des

⁷¹⁶ Ibid., par. 93 à 98.

⁷¹⁷ Jugement du 1^{er} septembre 2001, série C, n° 80.

⁷¹⁸ Ibid., par. 98.

⁷¹⁹ Communication n° 845/1999, CCPR/C/67/D/845/1999, 2 novembre 1999, par. 6.7. Voir aussi par. 431 ci-dessus.

déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte⁷²⁰, dans laquelle le Comité a affirmé que

« La conséquence normale d'une réserve inacceptable n'est pas que le Pacte restera totalement lettre morte pour l'État auteur de la réserve. Une telle réserve est dissociable, c'est-à-dire que le Pacte s'appliquera à l'État qui en est l'auteur, sans bénéficier de la réserve »⁷²¹.

Il convient au demeurant de noter dès à présent que le texte adopté par le Comité ne suggère pas que cette conséquence « normale » est la « seule » possible et il n'exclut pas que d'autres solutions soient possibles.

447. Dans ses observations sur l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, la France a néanmoins fait valoir catégoriquement

« que les accords, quelle qu'en soit la nature, sont régis par le droit des traités, qu'ils reposent sur le consentement des États et que les réserves sont les conditions que les États mettent à ce consentement; qu'il en découle nécessairement que si ces réserves sont jugées incompatibles avec le but et l'objet du traité, la seule conséquence qu'il soit possible d'en tirer est de déclarer que ce consentement n'est pas valable et de décider que ces États ne sont pas considérés comme partie à l'instrument en cause »⁷²².

448. Ce point de vue, qui reflète la seconde (et seule autre) solution possible à la question de savoir si l'auteur d'une réserve non valide devient partie contractante ou non, part du principe que la nullité de la réserve affecte l'ensemble de l'acte exprimant l'engagement à être lié par le traité. Dans son avis consultatif de 1951, la Cour internationale de Justice a répondu à la question I posée par l'Assemblée générale

« que l'État qui a formulé et maintenu une réserve à laquelle une ou plusieurs parties à la Convention font objection, les autres parties n'en faisant pas, peut être considéré comme partie à la Convention si ladite réserve est compatible avec l'objet et le but de celle-ci; *il ne peut l'être dans le cas contraire* »⁷²³.

Selon cette approche, la réserve apparaît comme une condition *sine qua non* du consentement de son auteur à être lié par le traité, ce qui serait seul conforme au principe du consensualisme. Si la condition n'est pas valide (*permissible*), il n'y a pas consentement de la part de l'auteur de la réserve. Dans ces conditions, il revient au seul auteur de la réserve de prendre les décisions nécessaires pour pallier la nullité de sa réserve et il ne devrait pas être considéré comme étant partie au traité aussi longtemps qu'il n'a pas retiré ou modifié sa réserve.

449. La pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux semble également confirmer cette solution radicale. Le *Précis de la pratique* explique à cet égard :

⁷²⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), annexe V, p. 122 à 129.

⁷²¹ Ibid., p. 127 et 128, par. 18.

⁷²² Rapport du Comité des droits de l'homme, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 40 (A/51/40), vol. I, p. 106, par. 13.

⁷²³ C.I.J. Recueil 1951, p. 29 (italiques ajoutées).

« 191. Si le traité interdit toute réserve, le Secrétaire général refuse d'accepter le dépôt de l'instrument. Il porte la difficulté à l'attention de l'État intéressé et ne communique pas de notification concernant l'instrument aux autres États [...].

192. Si l'interdiction des réserves ne porte que sur certains articles ou, à l'inverse, si les réserves ne sont autorisées que pour certaines dispositions, le Secrétaire général agit de même, *mutatis mutandis*, en présence de réserves qui ne cadrent pas avec les dispositions du traité. [...]

193. Mais c'est seulement lorsqu'il ne fait à première vue aucun doute que la déclaration accompagnant l'instrument constitue une réserve non autorisée que le Secrétaire général refuse le dépôt. Tel serait manifestement le cas d'une déclaration qui dirait par exemple "l'État X n'appliquera pas l'article Y" alors que le traité interdit toutes les réserves ou les réserves à l'article Y »⁷²⁴.

Rien cependant ne justifie de faire une distinction entre les réserves interdites par le traité et les réserves non valides pour d'autres raisons⁷²⁵.

450. La pratique étatique, sans être complètement inexistante, est encore moins cohérente à cet égard. Par exemple, Israël, l'Italie et le Royaume-Uni ont fait des objections à la réserve formulée par le Burundi lors de son adhésion à la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, de 1973. Mais, alors que

« [l]e Gouvernement de l'État d'Israël estime que la réserve émise par le Gouvernement burundais est incompatible avec l'objet et le but de la Convention. Il ne peut donc pas considérer comme valide l'adhésion du Burundi à la Convention tant que la réserve en question n'a pas été retirée »⁷²⁶,

les deux autres États qui ont formulé des objections à l'égard de la réserve du Burundi ne les ont pas assorties d'une telle déclaration⁷²⁷.

⁷²⁴ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, ST/LEG/7/Rev.1, p. 57 et 58, par. 191 à 193.

⁷²⁵ Voir la directive 3.3 (Conséquences de la non-validité d'une réserve) et son commentaire (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), p. 309 à 315.

⁷²⁶ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. XVIII, 7). L'objection faite par le Royaume-Uni se lit : « Le but de cette Convention est d'assurer la répression, à l'échelle mondiale, des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, et de refuser un asile sûr aux auteurs de telles infractions. Estimant donc que la réserve formulée par le Gouvernement du Burundi est incompatible avec l'objet et le but de la Convention, le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ne saurait considérer l'adhésion du Burundi à la Convention comme valide tant que ce dernier n'aura pas retiré cette réserve » (ibid.). Et celle de l'Italie considère que « le but de la Convention est d'assurer la répression, à l'échelle mondiale, des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, et de refuser un asile sûr aux auteurs de telles infractions. Estimant donc que la réserve formulée par le Gouvernement du Burundi est incompatible avec l'objet et le but de la Convention, le Gouvernement italien ne saurait considérer l'adhésion du Burundi à la Convention comme valide tant que ce dernier n'aura retiré cette réserve » (ibid.).

⁷²⁷ L'objection de la République fédérale se lit : « Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne est d'avis que la réserve formulée par le Gouvernement de la République du Burundi

451. Le Gouvernement de la République de Chine, qui avait ratifié la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en 1951⁷²⁸, avait :

« [...] fait objection à toutes les réserves identiques formulées au moment de la signature ou de la ratification de la Convention, ou de l'adhésion à ladite Convention, par la Bulgarie, la Hongrie, la Pologne, la République socialiste soviétique de Biélorussie, la République socialiste soviétique d'Ukraine, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et l'Union des Républiques socialistes soviétiques. Le Gouvernement chinois considère que les réserves susmentionnées sont incompatibles avec le but et l'objet de la Convention; en conséquence, en vertu de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice en date du 28 mai 1951, il ne considérera pas les États énumérés ci-dessus comme étant parties à la Convention »⁷²⁹.

Seul le Gouvernement des Pays-Bas formula une objection comparable en 1966⁷³⁰.

452. Dans l'immense majorité des cas, les États qui formulent des objections à une réserve en considérant que cette dernière n'est pas valide précisent expressément que leur objection n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité dans leurs relations avec l'auteur de la réserve sans estimer nécessaire de donner de plus amples explications sur le contenu des relations conventionnelles éventuellement établies. Étonné de cette pratique, qui peut paraître peu cohérente, la Commission du droit international avait, en 2005, sollicité les commentaires des États Membres à la question suivante :

« Fréquemment les États objectent à une réserve qu'ils estiment incompatible avec l'objet et le but du traité, sans pour autant s'opposer à l'entrée en vigueur du traité dans leurs relations avec l'auteur de la réserve. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des observations des gouvernements sur cette pratique. Elle souhaiterait savoir, en particulier, les effets que les auteurs

concernant le paragraphe 2 de l'article 2 et le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, est incompatible avec l'objet et le but de la Convention » (ibid.). Le Gouvernement français a, lors de l'adhésion à la Convention, déclaré qu'il « objecte à la déclaration faite par le Burundi le 17 décembre 1980 limitant l'application des dispositions du paragraphe 2 de l'article 2 et du paragraphe 1 de l'article 6 » (ibid.).

⁷²⁸ Cette notification est intervenue avant l'adoption par l'Assemblée générale, le 25 octobre 1971, de la résolution 2758 (XXVI) qui a décidé « le rétablissement de la République populaire de Chine dans tous ses droits et la reconnaissance des représentants de son gouvernement comme les seuls représentants légitimes de la Chine à l'Organisation des Nations Unies »; le Gouvernement de la République populaire de Chine a déclaré, lors de la ratification de la Convention de 1948 sur le génocide le 18 avril 1983, que « La ratification de ladite Convention le 19 juillet 1951 par les autorités locales taïwanaises au nom de la République de Chine est illégale et dénuée de tout effet » (ibid., chap. IV, 1).

⁷²⁹ Ibid.

⁷³⁰ L'objection néerlandaise se lit : « Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas déclare qu'il considère que les réserves que l'Albanie, l'Algérie, la Bulgarie, la Hongrie, l'Inde, le Maroc, la Pologne, la République socialiste soviétique de Biélorussie, la République socialiste soviétique d'Ukraine, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et l'Union des Républiques socialistes soviétiques ont formulées en ce qui concerne l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, ouverte à la signature à Paris, le 9 décembre 1948, sont incompatibles avec l'objet et le but de la Convention. En conséquence, le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas considère comme n'étant pas partie à la Convention tout État qui a ou aura formulé de telles réserves » (ibid.).

de telles objections en attendant et comment, selon les gouvernements, cette pratique s'articule avec les dispositions de l'article 19 c) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »⁷³¹.

453. Les points de vue exprimés par plusieurs délégations au sein de la Sixième Commission montrent clairement le désaccord qui subsiste quant à la réponse à apporter à la question épineuse de la validité de l'engagement à être lié par le traité en cas d'invalidité de la réserve. Plusieurs États⁷³² ont ainsi soutenu que cette pratique est « paradoxale » et que, en tout état de cause, l'auteur de l'objection « ne peut ignorer purement et simplement la réserve et faire comme si elle n'avait pas été formulée »⁷³³. La délégation française a souligné qu'« une telle objection aurait un "effet supermaximum", parce qu'elle viserait à l'application générale du Traité sans égard pour l'expression de la réserve. Ceci remettrait en cause le principe cardinal du consensualisme qui sous-tend le droit des traités »⁷³⁴. D'autres ont cependant noté qu'il était préférable de voir l'auteur de la réserve devenir État contractant ou organisation contractante que de l'exclure ainsi du cercle des parties. Le représentant de la Suède, parlant au nom des pays nordiques, a affirmé à cet égard : « La pratique consistant à séparer les réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité va dans le sens de l'article 19, qui indique clairement que ces réserves n'ont pas leur place dans les relations conventionnelles entre États. Il est certes possible, au lieu de formuler une objection à une réserve illicite, de mettre fin à la relation conventionnelle bilatérale, mais la divisibilité préserve cette relation et ouvre des possibilités de dialogue dans le cadre du traité en cause »⁷³⁵.

454. Toutefois, il convient de noter que les partisans de ce point de vue ont conditionné l'entrée en vigueur du traité à la volonté de l'auteur de la réserve : « Il faut néanmoins tenir compte de la volonté de l'État réservataire en ce qui concerne la relation entre la réserve et la ratification du traité »⁷³⁶.

b. La présomption de la volonté de l'auteur de la réserve non valide

455. Bien que, à première vue, les deux solutions et les deux points de vue concernant la question de l'entrée en vigueur du traité puissent sembler diamétralement opposés, ils sont tous les deux conciliables avec le principe de base du droit des traités, à savoir le principe du consensualisme. Dès lors, la clef de la solution réside sans doute simplement dans la volonté de l'auteur de la réserve : entend-il être lié par le traité même dans le cas où sa réserve n'est pas valide – sans

⁷³¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), par. 29.

⁷³² Voir A/C.6/60/SR.14, par. 3 (Royaume-Uni); *ibid.*, par. 72 (France); A/C.6/60/SR.16, par. 20 (Italie); *ibid.*, par. 44 (Portugal).

⁷³³ A/C.6/60/SR.14, par. 72 (France).

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ A/C.6/60/SR.14, par. 23. Voir également A/C.6/60/SR.17, par. 24 (Espagne); A/C.6/60/SR.18, par. 86 (Malaisie); A/C.6/60/SR.19, par. 39 (Grèce).

⁷³⁶ A/C.6/60/SR.14, par. 23 (Suède). Voir également la position du Royaume-Uni (A/C.6/60/SR.14, par. 4 : « S'agissant de la question connexe de l'effet "supermaximum" d'une objection qui fait non seulement que la réserve visée par l'objection n'est pas valide mais aussi que le traité dans son ensemble s'applique ainsi *ipso facto* aux relations entre les deux États, la délégation britannique estime que cela ne peut se produire que dans les circonstances les plus exceptionnelles, par exemple s'il est considéré que l'État auteur de la réserve a accepté cet effet ou y a acquiescé. »).

le bénéfice de la réserve – ou sa réserve constitue-t-elle une condition *sine qua non* de son engagement à être lié par le traité?

456. Eu égard au problème particulier, mais comparable des réserves à la clause facultative de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, le juge Lauterpacht a considéré dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour sur les exceptions préliminaires dans l'affaire de l'*Interhandel* :

« Si cette réserve est une condition essentielle de l'acceptation en ce sens que, faute de cette réserve, l'État déclarant n'aurait jamais consenti à assumer l'obligation principale, il n'appartient pas à la Cour de passer outre à cette réserve et de considérer en même temps l'État acceptant comme lié par la déclaration »⁷³⁷.

Ce qui importe est donc la volonté de l'auteur de la réserve et son intention d'être lié par le traité avec ou sans le bénéfice de sa réserve. C'est vrai également s'agissant des réserves plus classiques à des dispositions conventionnelles.

457. Dans son arrêt dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne des droits de l'homme a, du reste, payé une attention particulière à la position de la Suisse à l'égard de la Convention européenne. Elle a noté expressément que « à n'en pas douter, la Suisse (...) s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration »⁷³⁸. La Cour a donc clairement pris en considération le fait que la Suisse elle-même, c'est-à-dire l'auteur de la « réserve » non valide, se considérait liée par le traité malgré la nullité de cette réserve et s'est comportée ainsi.

458. Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour de Strasbourg a également fait fond si ce n'est sur la volonté du Gouvernement turc – qui avait soutenu lors de la procédure devant la Cour que « si les restrictions accompagnant les déclarations relatives aux articles 25 et 46 (art. 25, art. 46) de la Convention ne devaient pas être reconnues valides globalement, il y aurait lieu de tenir les déclarations [de l'acceptation de la compétence de la Cour] pour nulles et non avenues dans leur intégralité »⁷³⁹ – au moins sur le fait que la Turquie avait, en toute connaissance de cause, pris le risque de voir les restrictions résultant de la réserve invalidées :

« Qu'elle ait, dans ces conditions, déposé par la suite des déclarations relatives aux deux articles 25 et 46 (art. 25, art. 46) – pour la dernière après la réaction susmentionnée des Parties contractantes – indique qu'elle était prête à courir le risque de voir les organes de la Convention déclarer non valides les clauses limitatives litigieuses sans affecter la validité des déclarations elles-mêmes »⁷⁴⁰.

459. L'« approche de Strasbourg »⁷⁴¹ consiste donc à donner suite à la volonté de l'État auteur de la réserve d'être lié par le traité quand bien même cette réserve n'est pas valide⁷⁴². À cette fin, la Cour ne s'est cependant pas uniquement fondée sur les

⁷³⁷ *Interhandel, exceptions préliminaires, opinion dissidente de Sir Hersch Lauterpacht, C.I.J. Recueil 1959*, p. 117.

⁷³⁸ Arrêt précité, note 709 ci-dessus.

⁷³⁹ Note 714 ci-dessus, par. 90.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, par. 95.

⁷⁴¹ B. Simma, note 618 ci-dessus, p. 670.

⁷⁴² Voir aussi la note 736 ci-dessus. Selon le professeur Gaja : « *Una soluzione alternativa alla quale si può giungere nella ricostruzione della volontà dello Stato autore della riserva è che tale Stato*

déclarations expresses de l'État en cause – comme c'était par exemple le cas dans l'affaire *Belilos*⁷⁴³ – mais a également procédé à un « rétablissement » de la volonté de l'État. Comme le professeur Schabas a pu l'écrire, « [t]he European Court did not set aside the test of intention in determining whether a reservation is severable. Rather, it appears to highlight the difficulty in identifying such intention and expresses a disregard for such factors as formal declarations by the state »⁷⁴⁴ [la Cour européenne n'a pas écarté le test de l'intention pour déterminer si une réserve est dissociable. Elle semble plutôt mettre l'accent sur la difficulté d'identifier cette intention et manifeste une certaine indifférence pour des facteurs tels que des déclarations formelles par l'État (traduction du Rapporteur spécial)]. Ce n'est que dans le cas où il est établi que l'État réservataire ne considérerait pas sa réserve (reconnue non valide) comme un élément essentiel de son consentement à être lié par le traité qu'une telle réserve peut être séparée de son engagement conventionnel.

460. Les Cours de Strasbourg et de San José ne limitent d'ailleurs pas leurs considérations à la seule volonté de l'État auteur de la réserve non valide, mais prennent l'une et l'autre en compte la nature particulière de l'instrument dont elles assurent le respect. Ainsi, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour européenne attire l'attention sur le fait que

« En examinant cette question, la Cour doit tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument de l'ordre public européen pour la protection des êtres humains et de sa mission, fixée à l'article 19 art. 19 (*sic*), celle d'« assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes parties contractantes » à la Convention »⁷⁴⁵.

La Cour interaméricaine, à son tour, a souligné dans sa décision concernant l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago* :

« 93) Moreover, accepting the said declaration in the manner proposed by the State would lead to a situation in which the Court would have the State's Constitution as its first point of reference, and the American Convention only as a subsidiary parameter, a situation which would cause a fragmentation of

abbia inteso vincolarsi in base al trattato anche nel caso in cui la riserva fosse considerata inammissibile e quindi senza il beneficio della riserva » (note 618 ci-dessus, p. 358 [Une solution alternative sur laquelle on peut établir la reconstruction de la volonté de l'État auteur de la réserve tient à ce que l'État en question aurait entendu se lier par le traité même au cas où la réserve serait considérée inadmissible et par conséquent sans le bénéfice de la réserve (traduction du Rapporteur spécial)]).

⁷⁴³ Sur cette affaire et ses suites, voir les explications de R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, A. Giuffrè, Milan, 1999, p. 160 à 163; H. J. Bourguignon, « The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 29, 1989, p. 347 à 386; I. Cameron and F. Horn, « Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* Case », *German Year Book of International Law*, vol. 33, 1990, p. 69 à 116; S. Marks, « Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990, p. 300 à 327; G. Cohen-Jonathan, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988), *Revue général de droit international public*, vol. 93, 1989, n° 2, p. 272 à 314.

⁷⁴⁴ W. A. Schabas, « Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party? », *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 21, 1995-1996, p. 322.

⁷⁴⁵ Note 714 ci-dessus, par. 93.

the international legal order for the protection of human rights, and which would render illusory the object and purpose of the Convention.

94) *The American Convention and the other human rights treaties are inspired by a set of higher common values (centered around the protection of the human being), are endowed with specific supervisory mechanisms, are applied as a collective guarantee, embody essentially objective obligations, and have a special character that sets them apart from other treaties* »⁷⁴⁶.

[93] En outre, accepter cette déclaration comme le propose l'État conduirait à une situation dans laquelle la Cour devrait partir de la Constitution de l'État, la Convention américaine n'étant qu'un paramètre subsidiaire; une telle situation entraînerait une fragmentation de l'ordre juridique international pour la protection des droits de l'homme, et rendrait illusoire l'objet et le but de la Convention.

94) La Convention américaine et les autres traités relatifs aux droits de l'homme sont inspirés par un ensemble de valeurs communes supérieures (centrées autour de la protection de l'être humain), sont dotées de mécanismes de contrôle spécifiques, sont appliquées comme une garantie collective, incarnent essentiellement des obligations objectives et ont un caractère spécial qui les distingue d'autres traités (traduction du Rapporteur spécial).]

461. La position exprimée par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 est plus catégorique encore⁷⁴⁷. Le Comité ne fait en effet aucun lien entre l'entrée en vigueur du traité malgré la nullité de la réserve non valide et la volonté de son auteur à cet égard. Il se borne à constater que la « conséquence normale »⁷⁴⁸ est l'entrée en vigueur du traité sans que l'auteur de la réserve puisse bénéficier de celle-ci. Cependant, comme cela a été relevé ci-dessus⁷⁴⁹, cette conséquence « normale » qui, semble-t-il, revêt dans l'opinion du Comité un certain automatisme, n'exclut cependant pas (et implique au contraire) que la réserve non valide puisse produire d'autres conséquences, « anormales ». Mais le Comité ne s'est exprimé ni sur la question de savoir quelles peuvent être ces autres conséquences, ni sur le point de savoir comment et sur quel fondement la conséquence « normale » ou une éventuelle conséquence « anormale » sont déclenchées.

462. Quoiqu'il en soit, la position des organes de droits de l'homme a été cependant sensiblement nuancée ces dernières années. Ainsi, lors de la quatrième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux

⁷⁴⁶ Arrêt du 1^{er} septembre 2001, série C, n° 80, par. 93 et 94.

⁷⁴⁷ Dans son document de travail élargi, M^{me} Françoise Hampson a considéré qu'un « *monitoring body cannot be expected to give effect to a reservation it has found to be incompatible with the objects and purposes of the treaty. The result is the application of the treaty without the reservation, whether that is called "severance" or disguised by the use of some other phrase, such as non-application* » [On ne peut pas attendre d'un organe de contrôle qu'il donne effet à une réserve qu'il a jugée incompatible avec l'objet et le but du traité. Le résultat est l'application du traité sans la réserve, qu'on l'appelle « division » ou qu'on le déguise par l'utilisation de certaines autres expressions, comme non-application (traduction du Rapporteur spécial)] (note 666 ci-dessus, par. 59).

⁷⁴⁸ Note 721 ci-dessus.

⁷⁴⁹ Voir par. 446 ci-dessus.

droits de l'homme et de la dix-septième réunion des présidents de ces organes, il a été noté que :

« Lors d'une réunion avec la CDI tenue le 31 juillet 2003, le Comité des droits de l'homme a confirmé qu'il continuait de souscrire à l'observation générale n° 24 et plusieurs membres du Comité ont souligné que l'approche fondée sur la dissociabilité recueillait un soutien croissant, tout en faisant valoir qu'en cas de réserve inacceptable, la dissociabilité n'était pas une conclusion automatique mais seulement une présomption »⁷⁵⁰.

463. En 2006, le Groupe de travail créé pour examiner la pratique des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme a constaté que plusieurs conséquences peuvent être envisagées une fois la non-validité d'une réserve constatée. Il a finalement proposé la recommandation n° 7 suivante :

« *La détermination de ces conséquences dépend de l'intention de l'État au moment de la formulation de la réserve. Cette intention doit être identifiée au cours d'un examen sérieux des informations disponibles, avec la présomption, qui peut être réfutée, que l'État préférerait demeurer partie au traité sans le bénéfice de la réserve, plutôt que d'en être exclu* »⁷⁵¹.

464. Les recommandations du Groupe de travail sur les réserves chargé d'examiner la pratique concernant les réserves des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme⁷⁵² entérinées par la sixième réunion intercomités⁷⁵³ en 2007 ont été rappelées dans l'introduction du présent rapport⁷⁵⁴. Selon la nouvelle recommandation n° 7 :

« Quant aux conséquences de l'invalidité, le Groupe de travail est en accord avec la proposition du Rapporteur spécial de la Commission du droit international selon laquelle une réserve non valide est nulle de plein droit. Il s'ensuit qu'un État ne pourra pas invoquer une telle réserve et, *à moins que son intention contraire ne soit irréfutablement établie*, restera partie au traité sans le bénéfice de la réserve » (italiques ajoutées).

465. L'élément déterminant reste donc clairement l'intention de l'État auteur de la réserve non valide. L'entrée en vigueur ne constitue plus une simple conséquence automatique de la nullité de la réserve, mais une présomption. Cette position mérite, de l'avis du Rapporteur spécial, d'être sérieusement prise en considération dans le Guide de la pratique car elle réconcilie, de manière raisonnable, le principe de base du droit des traités – le consensualisme – avec la possibilité de considérer l'auteur d'une réserve non valide lié par le traité sans le bénéfice de la réserve.

466. On peut cependant avoir des doutes quant au sens de la présomption qui peut, intellectuellement, être établie aussi bien dans le sens de l'intention que le traité entre en vigueur que dans le sens contraire consistant à prêter à l'auteur de la réserve l'intention que le traité n'entre pas en vigueur.

⁷⁵⁰ La pratique des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en ce qui concerne les réserves à ces instruments, HRI/MC/2005/5, par. 37.

⁷⁵¹ HRI/MC/2006/5, par. 16 – italiques ajoutées.

⁷⁵² Voir HRI/MC/2007/5.

⁷⁵³ Rapport de la sixième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme, A/62/224, annexe, par. 48 v).

⁷⁵⁴ A/CN.4/614, par. 53.

467. Une présomption négative, qui refuse de considérer l'auteur de la réserve comme État contractant ou organisation contractante aussi longtemps que l'intention contraire n'a pas été établie, tient peut-être mieux compte du principe du consensualisme en vertu duquel, dans les termes de la Cour internationale de Justice, « un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement »⁷⁵⁵. En effet, selon ce point de vue, un État ou une organisation internationale qui a formulé une réserve – quand bien même elle n'est pas valide – a, précisément, exprimé son désaccord avec la ou les dispositions dont cette réserve vise à modifier ou à exclure l'effet juridique. Dans ses observations sur l'observation générale n° 24, le Royaume-Uni a estimé « qu'il n'est guère possible d'essayer d'imposer à un État, au titre du Pacte, des obligations qu'il n'a pas, de toute évidence, “expressément reconnues”, mais qu'il a au contraire dit expressément n'être pas disposé à accepter »⁷⁵⁶. Dans cette perspective, aucun accord en sens contraire ne peut être constaté ou présumé aussi longtemps que l'État ou l'organisation en question n'a pas consenti ou, du moins, acquiescé à être lié par cette ou ces dispositions sans bénéficier de sa réserve.

468. La présomption inverse, positive, a cependant plusieurs avantages qui – en dehors de toute considération d'opportunité politique – plaident certainement en sa faveur bien que, sans aucun doute, il ne s'agisse pas d'une règle posée dans les Conventions de Vienne⁷⁵⁷ ni de droit international coutumier⁷⁵⁸, quand bien même l'on ne peut négliger les décisions des juridictions de droits de l'homme et les positions prises par les autres organes créés par les instruments de protection des droits de l'homme non plus que la pratique étatique de plus en plus développée en la matière.

469. En premier lieu, il convient de garder à l'esprit que l'auteur de la réserve a – par définition – voulu devenir partie contractante au traité en question. La réserve est formulée lors de l'expression du consentement à être lié par le traité, par lequel l'État ou l'organisation internationale donne forme à son intention de devenir partie du cercle privilégié des parties et s'engage à respecter le traité. La réserve joue certainement un rôle dans ce processus, mais, pour les besoins de l'établissement de la présomption, il ne faut pas surestimer son importance. Ainsi que l'a constaté Ryan Goodman : « *The package of reservations a state submits reflects the ideal relationship it wishes to have in relation to the treaty, not the essential one it requires so as to be bound* » [L'ensemble des réserves que formule un État reflète la relation idéale qu'il souhaite avoir en rapport avec le traité, non la relation « essentielle » qu'il exige afin d'être lié (traduction du Rapporteur spécial)]⁷⁵⁹.

470. De surcroît, et peut-être avant tout, il est certainement plus judicieux de présumer que l'auteur de la réserve fait partie du cercle des États contractants ou des organisations contractantes pour régler les difficultés liées à la nullité de sa réserve

⁷⁵⁵ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif du 28 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951*, p. 21.

⁷⁵⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, p. 138, par. 14.

⁷⁵⁷ Comme cela a été rappelé ci-dessus, les Conventions de Vienne ne traitent pas de la question des réserves non valides. Voir par. 386 à 402 ci-dessus.

⁷⁵⁸ Voir notamment R. Baratta, « Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded », *Journal européen de droit international*, vol. 11, 2000, n° 2, p. 419 et 420.

⁷⁵⁹ « Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent », *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 537.

dans le cadre de ce cercle privilégié. Il ne faut pas oublier à cet égard, que, comme la Commission du droit international l'a constaté dans ses Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme⁷⁶⁰, « en cas d'illicéité d'une réserve, il appartient à l'État réservataire d'en tirer les conséquences. L'État peut, par exemple, modifier sa réserve de manière à faire disparaître l'illicéité ou la retirer, ou encore renoncer à devenir partie au traité »⁷⁶¹. À ces fins, comme cela a été souligné lors de la quatrième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et de la dix-septième réunion des présidents de ces organes, « [I]es organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme » – ou tout autre mécanisme établi par le traité ou les parties au traité prises dans leur ensemble – « devraient être encouragés à poursuivre leur pratique actuelle qui consiste à engager un dialogue avec les États réservataires en vue d'apporter à la réserve incompatible les modifications nécessaires pour la rendre compatible avec le traité »⁷⁶². Cet objectif est plus facilement réalisable si l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve est considéré comme partie au traité.

471. Présumer l'entrée en vigueur du traité constitue par ailleurs un gage donné à la sécurité juridique. Cette présomption (à condition de n'être pas irréfragable) peut contribuer à combler le vide juridique qui existe nécessairement entre le moment où la réserve est formulée et celui où sa nullité est avérée : pendant toute cette période (qui peut durer de nombreuses années), l'auteur de la réserve s'est comporté comme une partie et a été considéré comme telle par les autres parties.

472. Ces considérations conduisent le Rapporteur spécial à recommander vivement à la Commission de se rallier à l'idée d'une *présomption*, relative et réfragable, selon laquelle, en l'absence d'intention contraire de son auteur, le traité s'applique à l'État ou à l'organisation internationale auteur d'une réserve non valide nonobstant cette réserve. Cela signifie que, à cette condition fondamentale (d'absence d'intention contraire de la part de l'auteur de la réserve), le traité est présumé être entré en vigueur pour l'auteur de la réserve – à condition toutefois que le traité soit effectivement entré en vigueur à l'égard des États contractants et des organisations contractantes – et la réserve ne produit aucun effet juridique sur le contenu du traité⁷⁶³; il s'applique dans son intégralité.

473. En pratique, il est délicat de déterminer l'intention de l'auteur de la réserve non valide. Il n'est en effet pas aisé d'établir ce qui a poussé un État ou une organisation internationale à exprimer son consentement à être lié par le traité, d'une part, et à assortir cette expression d'une réserve, d'autre part, en raison du fait qu'« [a]u stade actuel de la société internationale, seul l'État peut savoir le rôle exact de sa réserve dans sa décision d'exprimer son consentement à être lié par le traité »⁷⁶⁴. Dès lors que la présomption sur laquelle on peut se fonder est réfragable, il est cependant indispensable d'établir si l'auteur de la réserve aurait, en toute

⁷⁶⁰ *Annuaire de la Commission du droit international 1997*, vol. II, , deuxième partie p. 57 et 58, par. 157.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 58, par. 157 (point 10).

⁷⁶² HRI/MC/2005/5, par. 42.

⁷⁶³ Voir par. 420 à 434 ci-dessus.

⁷⁶⁴ Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session, *Annuaire de la Commission du droit international 1997*, vol. II, deuxième partie, p. 49, par. 83.

connaissance de cause, ratifié le traité sans la réserve ou si, au contraire, il s'en serait abstenu. Plusieurs paramètres interviennent.

474. En premier lieu, le texte de la réserve lui-même peut certainement fournir des éléments pour dégager l'intention de son auteur dans le cas où la réserve n'est pas valide. Tel est du moins le cas lorsque la réserve est motivée conformément à la recommandation formulée dans la directive 2.1.9 du Guide de la pratique :

2.1.9 Motivation⁷⁶⁵

Une réserve devrait autant que possible indiquer les motifs pour lesquels elle est faite.

La motivation d'une réserve peut non seulement éclairer son sens, mais également permettre de déterminer si la réserve est considérée comme une condition essentielle à l'engagement à être lié par le traité ou non. Des indications peuvent également être trouvées dans toute déclaration faite par l'auteur de la réserve lors de la signature, de la ratification, de l'adhésion ou d'une déclaration de succession. Toute déclaration faite postérieurement, et surtout celles que l'auteur de la réserve peut être amené à faire lors d'une procédure judiciaire *concernant* la validité et les effets de la non-validité de sa réserve, doivent cependant être traitées avec prudence⁷⁶⁶.

475. Indépendamment du texte même de la réserve et de sa motivation, il faut également prendre en considération le contenu et le contexte de la disposition ou des dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, d'une part, ainsi que l'objet et le but du traité, d'autre part. Comme cela a été rappelé ci-dessus, et la Cour de Strasbourg et celle de San José ont porté une grande attention à la « nature particulière » du traité en cause⁷⁶⁷; il n'y a aucune raison de limiter ces considérations aux traités relatifs aux droits de l'homme qui ne constituent pas une catégorie spécifique de traités – en tout cas aux fins de l'application des règles relatives aux réserves⁷⁶⁸ – et qui ne sont pas les seuls à établir des « valeurs communes supérieures ».

476. Par ailleurs, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a fait dans son arrêt *Belilos*⁷⁶⁹, il est également judicieux de prendre en considération l'attitude ultérieure de l'auteur vis-à-vis du traité. Les représentants de la Suisse n'ont ainsi laissé aucun doute, par leurs actes et leurs déclarations devant la Cour, sur le fait que ce pays se considérerait lié par la Convention européenne, même dans le cas où sa déclaration interprétative serait considérée comme non valide. En outre, comme le professeur Schabas l'a souligné à l'égard des réserves faites par les États-Unis au Pacte de 1966 :

⁷⁶⁵ Pour le commentaire sur cette directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, p. 200 à 204.

⁷⁶⁶ Voir en ce sens, *Loizidou c. Turquie*, requête n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, série A, n° 310, par. 95; voir également par. 443 ci-dessus.

⁷⁶⁷ Voir par. 460 ci-dessus.

⁷⁶⁸ Voir le deuxième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/477 et Add.1), *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol. II, première partie, p. 54 à 87, par. 55 à 260 et les Conclusions préliminaires de la Commission du droit international concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, *Annuaire de la Commission du droit international 1997*, vol. II, deuxième partie, p. 57 et 58, par. 157.

⁷⁶⁹ Voir par. 457 à 459 ci-dessus.

« *Certain aspects of the U.S. practice lend weight to the argument that its general intent is to be bound by the Covenant, whatever the outcome of litigation concerning the legality of the reservation. It is useful to recall that Washington fully participated in the drafting of the American Convention whose provisions are very similar to articles 6 and 7 of the Covenant and were in fact inspired by them. ... Although briefly questioning the juvenile death penalty and the exclusion of political crimes, [the U.S. representative] did not object in substance to the provisions dealing with the death penalty or torture. The United States signed the American Convention on June 1, 1977 without reservation* »⁷⁷⁰.

[Certains aspects de la pratique des États-Unis donnent du poids à l'argument selon lequel il entre dans leurs intentions d'être liés, quelle que soit l'issue d'un litige relatif à la licéité de leur réserve. Il est utile de rappeler que Washington a pleinement participé à la rédaction de la Convention américaine dont les dispositions sont très semblables aux articles 6 et 7 du Pacte et ont été en fait inspirées par ceux-ci. [...] Bien qu'il ait rapidement mis en question [l'interdiction de] la peine de mort pour les mineurs ou l'exclusion des crimes politiques [le représentant des États-Unis] n'a pas objecté aux dispositions concernant la peine de mort ou la torture. Les États-Unis ont signé la Convention américaine le 1^{er} juin 1977 sans réserve (traduction du Rapporteur spécial)].

Bien qu'il faille certainement rester prudent lorsque l'on procède à la comparaison entre des traités différents en raison de l'effet relatif de toute réserve, il n'est cependant certainement pas exclu de se référer à l'attitude antérieure de l'État réservataire à l'égard de dispositions semblables à celles sur laquelle porte la réserve. Une pratique constante de la part d'un État consistant à exclure systématiquement l'effet juridique d'une obligation particulière contenue dans plusieurs instruments peut certainement constituer une preuve non négligeable que l'auteur de la réserve ne veut sous aucune condition être lié par cette obligation.

477. Enfin, les réactions des autres États et organisations internationales doivent également être prises en compte. Bien que ces réactions ne puissent certainement pas en elles-mêmes produire d'effets juridiques en neutralisant la nullité de la réserve, elles peuvent aider à évaluer l'intention de l'auteur de la réserve ou, plus correctement, le risque qu'il peut avoir volontairement couru en formulant une réserve non valide. Cette situation est particulièrement bien illustrée par l'affaire *Loizidou* de la Cour européenne des droits de l'homme dans laquelle, évoquant la jurisprudence antérieure à la formulation de la réserve par la Turquie, ainsi que les objections formulées par plusieurs États parties à la Convention⁷⁷¹, la Cour a conclu

« La réaction ultérieure de plusieurs Parties contractantes aux déclarations turques [...] vient solidement appuyer l'observation qui précède et d'après laquelle la Turquie n'ignorait pas la situation juridique. Qu'elle ait, dans ces conditions, déposé par la suite des déclarations relatives aux deux articles 25 et 46 [art. 25, art. 46 (*sic*)] – pour la dernière après la réaction susmentionnée des Parties contractantes – indique qu'elle était prête à courir le risque de voir

⁷⁷⁰ W. A. Schabas, note 744 ci-dessus, p. 322 (notes de bas de page omises).

⁷⁷¹ Requête n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, série A, n° 310, par. 18 à 24.

les organes de la Convention déclarer non valides les clauses limitatives litigieuses sans affecter la validité des déclarations elles-mêmes »⁷⁷².

478. La combinaison de ces critères devrait servir de guide aux autorités qui sont appelées à statuer sur les conséquences de la nullité d'une réserve non valide étant entendu que cette liste n'est nullement exhaustive et que tous les éléments propres à établir l'intention de l'auteur de la réserve doivent être pris en considération.

479. Ceci étant dit, l'institution d'une telle présomption ne doit pas constituer une approbation de ce qu'on convient aujourd'hui d'appeler objections à effet « supermaximum ». Certes, dans son résultat, la présomption peut, en fin de compte, aboutir au résultat visé par de telles objections. Mais, alors qu'une objection à visée « supermaximum » semble vouloir imposer à l'auteur de la réserve le respect du traité sans le bénéfice de la réserve pour la seule raison que cette dernière n'est pas valide, la présomption se fonde sur l'intention de l'auteur de la réserve – intention qui peut être hypothétique en l'absence de toute indication expresse de sa part, mais étant entendu que rien n'empêche l'auteur de la réserve de faire connaître aux autres parties contractantes sa volonté réelle. Le respect de l'ensemble du traité découle ainsi non pas de l'appréciation subjective d'une autre partie contractante, mais de la seule nullité de la réserve et de la volonté de son auteur. Une objection, qu'elle soit simple ou à prétention supermaximum, ne peut pas produire un tel effet⁷⁷³! « *No State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable* »⁷⁷⁴ [Aucun État ne peut être tenu par des obligations contractuelles qu'il ne juge pas appropriées], ni l'État objectant, ni l'État réservataire, étant entendu cependant que ces considérations ne peuvent pas signifier que cette pratique est dépourvue de toute signification⁷⁷⁵.

480. Au bénéfice de ce *caveat*, il convient d'insérer dans le Guide de la pratique un projet de directive 4.5.3 qui énonce la présomption réfragable de l'application du traité dans son intégralité pour l'auteur de la réserve non valide.

481. Les deux alinéas du projet de directive 4.5.3 proposé par le Rapporteur spécial reprennent, tour à tour, la présomption en faveur de l'application du traité dans son intégralité, d'une part, et une liste exemplative – et non limitative – des éléments à prendre en considération pour établir l'intention de l'auteur de la réserve. Ce projet pourrait être libellé ainsi :

4.5.3 [Application du traité en cas de réserve non valide] [Effets de la nullité d'une réserve sur l'engagement à être lié par le traité]

Lorsqu'une réserve non valide a été formulée à l'égard d'une ou plusieurs dispositions d'un traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, le traité s'applique à l'État ou à l'organisation internationale auteur de la réserve nonobstant la réserve sauf si l'intention contraire de celui-ci est établie.

⁷⁷² Ibid., par. 95.

⁷⁷³ Voir aussi par. 366 et 367 ci-dessus.

⁷⁷⁴ Ch. Tomuschat, « Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, p. 466; voir aussi le deuxième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/477/Add.1), *Annuaire de la Commission du droit international 1996*, vol. II, première partie, p. 60, par. 97 et 99 et D. Müller, « Article 20 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (dirs.), note 466 ci-dessus, p. 809 à 811, par. 20 à 24.

⁷⁷⁵ Voir par. 501 à 513 ci-dessous.

L'intention de l'auteur de la réserve doit être établie en prenant en considération toutes les informations disponibles, notamment mais non exclusivement :

- Les termes de la réserve;
- La ou les dispositions sur lesquelles portent la réserve et l'objet et le but du traité;
- Les déclarations faites par l'auteur de la réserve lors de la négociation, de la signature ou de la ratification du traité;
- Les réactions des autres États contractants et organisations contractantes; et
- L'attitude ultérieure de l'auteur de la réserve.

482. Volontairement, le projet de directive 4.5.3 s'abstient de déterminer la date de l'entrée en vigueur du traité dans une hypothèse de ce genre. Dans la plupart des cas, celle-ci est soumise à des conditions particulières déterminées dans le traité lui-même⁷⁷⁶. Les effets concrets, et notamment le moment de l'entrée en vigueur du traité pour l'auteur de la réserve non valide, sont donc déterminés par les dispositions pertinentes du traité ou, si elles font défaut, par le droit des traités⁷⁷⁷.

c. Les réactions à une réserve non valide

483. Il ressort des considérations ci-dessus que ni la nullité de la réserve – en raison de son invalidité – ni les effets de cette nullité ne dépendent des réactions des États contractants ou des organisations contractantes autres que l'auteur de la réserve. La nullité résulte de la non-validité. À son tour, l'absence d'effet de la réserve nulle sur le traité ne découle pas de l'acceptation ou de l'objection des autres parties contractantes, mais de la seule nullité. Autrement dit, eu égard à la distinction contenue dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne entre la validité d'une réserve, d'une part, et le consentement des autres États contractants et organisations contractantes, d'autre part, une réserve non valide ne franchit pas la première étape – la validité – et il n'y a pas lieu de la soumettre à la deuxième étape – l'acceptation.

484. Dès lors, ni l'acceptation d'une réserve non valide (en dehors du cas particulier de l'acceptation unanime et expresse) ni l'objection à une réserve non valide n'entraînent de conséquences particulières concernant les effets juridiques que cette réserve produit ou ne produit pas.

⁷⁷⁶ Le paragraphe 1 de l'article 24 de la Conventions de Vienne de 1969 dispose : « Un traité entre en vigueur suivant les modalités et à la date fixées par ses dispositions ou par accord entre les États ayant participé à la négociation ».

⁷⁷⁷ Voir par. 2 et 3 de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969. Ces paragraphes prévoient :
 « 2. À défaut de telles dispositions ou d'un tel accord, un traité entre en vigueur dès que le consentement à être lié par le traité a été établi pour tous les États ayant participé à la négociation.
 3. Lorsque le consentement d'un État à être lié par un traité est établi à une date postérieure à l'entrée en vigueur dudit traité, celui-ci, à moins qu'il n'en dispose autrement, entre en vigueur à l'égard de cet État à cette date. »

i. L'acceptation d'une réserve non valide

485. La question de l'acceptation d'une réserve qui ne satisfait pas aux critères de validité substantielle a d'ores et déjà fait l'objet de longs développements dans le dixième rapport sur les réserves aux traités⁷⁷⁸.

486. Dans ce rapport, le Rapporteur spécial a rappelé que l'acceptation unilatérale d'une réserve formulée en dépit des dispositions des alinéas *a* et *b* de l'article 19 est sans aucun doute exclue et, à ce titre, dépourvue de tout effet. Sir Humphrey Waldock, en sa qualité d'expert-conseil, s'était clairement exprimé en faveur de cette solution lors de la Conférence de Vienne en précisant :

« qu'un État contractant ne peut prétendre invoquer l'article 17 [article 20 actuel] pour accepter une réserve interdite en vertu des alinéas *a* ou *b* de l'article 16 [19], parce qu'en interdisant cette réserve les États contractants ont expressément exclu cette acceptation »⁷⁷⁹.

487. Cette « impossibilité » d'accepter une réserve qui n'est pas valide, en vertu soit de l'alinéa *a* ou de l'alinéa *b* de l'article 19, soit de l'alinéa *c* de l'article 19 qui suit exactement la même logique et qu'il n'y a aucune raison de distinguer des deux autres alinéas de cet article⁷⁸⁰, a pour conséquence logique qu'une telle acceptation ne peut pas avoir d'effet juridique⁷⁸¹. Elle n'est pas susceptible de « valider » la réserve et, pas davantage, de lui faire produire un effet quelconque – et certainement pas l'effet qui est prévu au paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne, qui nécessite que la réserve soit établie. En outre, si l'on acceptait qu'une acceptation à une réserve non valide puisse être constitutive d'un accord entre l'auteur de la réserve non valide et l'État ou l'organisation internationale qui l'a acceptée, il en résulterait une modification du traité dans les relations entre eux, qui ne serait pas compatible avec le sous-alinéa ii) de l'alinéa *b* de l'article 41 de la Convention de Vienne qui exclut toute modification du traité si elle porte « sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble »⁷⁸².

488. C'est sur la base de ces considérations que, dans son dixième rapport, le Rapporteur spécial a proposé un projet de directive 3.3.3⁷⁸³ qui est libellé ainsi :

3.3.3 Effet de l'acceptation unilatérale d'une réserve non valide

L'acceptation d'une réserve par un État contractant ou par une organisation internationale contractante n'a pas pour effet de remédier à la nullité de la réserve.

⁷⁷⁸ Dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558 et Add.1 et Add.2).

⁷⁷⁹ Note 607 ci-dessus, 25^e séance, 16 avril 1968, p. 144, par. 2.

⁷⁸⁰ Dixième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/558/Add.2), par. 181 à 187.

⁷⁸¹ Quatorzième rapport sur les réserves aux traités (2009) (A/CN.4/614/Add.1), par. 124.

⁷⁸² Dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558/Add.2), par. 201. En ce sens, voir D. W. Greig, note 497 ci-dessus, p. 57, ou L. Sucharipa-Behrman, note 489 ci-dessus, p. 78 et 79; voir cependant *contra* les remarques de Jiménez de Aréchaga et d'Amado lors des débats sur les propositions de Sir Humphrey Waldock de 1962 (*Annuaire de la Commission du droit international* 1962, vol. I, 653^e séance, 29 mai 1962, p. 177, par. 44 et 45, et p. 179, par. 63).

⁷⁸³ Dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558/Add.2), par. 202.

489. Lors de sa cinquante-huitième session, la Commission a suggéré, avec l'accord du Rapporteur spécial⁷⁸⁴, que l'examen de ce projet de directive devait être différé jusqu'au moment où elle examinerait la question des effets des réserves⁷⁸⁵. Bien que cette décision ait été judicieuse et prudente, il faut admettre que, malgré le titre un peu trompeur du projet de directive 3.3.3, il ne s'agit pas, en réalité, d'identifier l'effet de l'acceptation d'une réserve non valide (ce qui relèverait de la présente partie du Guide de la pratique), mais bien celui de l'acceptation *de la validité* de la réserve elle-même (problème qui se situe en aval de la question des effets des réserves, objet de la quatrième partie du Guide de la pratique, mais relève de la troisième partie). La validité précède logiquement l'acceptation⁷⁸⁶ (et cette logique est celle-là même qui est suivie par les Conventions de Vienne); or la directive 3.3.3 concerne la validité de la réserve – c'est-à-dire le fait que l'acceptation ne peut remédier à l'absence de validité de celle-ci. Comme l'explique le dixième rapport sur les réserves :

« L'objet de ce projet de directive n'est pas de déterminer quels sont les effets de l'acceptation d'une réserve par un État mais seulement de constater que, si la réserve en question n'est pas valide, elle demeure nulle [il eût peut-être été préférable de dire «qu'elle demeure non valide »] malgré l'acceptation dont elle fait l'objet »⁷⁸⁷.

490. L'acceptation unilatérale – même expresse – d'une réserve non valide n'a aucun effet en tant que tel sur les effets que cette nullité produit et dont les contours ont été précisés aux paragraphes précédents du présent rapport⁷⁸⁸. La question des conséquences de l'acceptation sur les effets de la réserve ne se pose pas et ne doit pas se poser; elle s'arrête au stade de la validité qui n'est pas, et ne peut être, acquise du fait de l'acceptation.

491. Le projet de directive 3.4.1 que le Rapporteur spécial a proposé en 2009⁷⁸⁹ indépendamment des conclusions de la troisième section du présent rapport⁷⁹⁰ réaffirme très nettement cette manière de voir. Ce projet de directive est formulé de la manière suivante⁷⁹¹ :

⁷⁸⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 157.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, par. 139. Voir aussi quatorzième rapport sur les réserves aux traités (2009) (A/CN.4/614), par. 6.

⁷⁸⁶ Dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558/Add.2), par. 205.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, par. 203.

⁷⁸⁸ Voir par. 403 à 481 ci-dessus.

⁷⁸⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), p. 195, note 369.

⁷⁹⁰ Voir les conclusions concernant la validité des réactions aux réserves, quatorzième rapport sur les réserves aux traités (2009) (A/CN.4/614/Add.1), par. 127.

⁷⁹¹ Le projet de directive 3.4.1 a été renvoyé au Comité de rédaction en 2009 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), p. 187, par. 60) qui l'a adopté la même année.

3.4.1 Validité matérielle de l'acceptation d'une réserve

L'acceptation expresse d'une réserve non valide n'est elle-même pas valide.

492. Ce projet de directive montre très nettement qu'une acceptation expresse d'une réserve non valide ne peut avoir elle-même aucun effet; elle est elle-même non valide.

493. Au bénéfice de ces remarques, le Rapporteur spécial suggère à la Commission de retenir le projet de directive 3.3.3 tel qu'il est formulé dans le dixième rapport.

494. Il faut néanmoins formuler un *caveat* important, qui doit conduire à nuancer cette formule catégorique du projet de directive 3.3.3. Bien qu'il ne soit guère douteux qu'une acceptation individuelle par un État contractant ou une organisation contractante ne peut pas avoir pour effet de « valider » une réserve non valide ni produire tout autre effet sur la réserve ou sur le traité, la situation est différente dans le cas où l'ensemble des États contractants et organisations contractantes approuvent expressément une réserve qui – sans cette acceptation unanime – serait non valide. Il peut en effet être soutenu, et Sir Humphrey avait expressément envisagé cette possibilité dans son premier rapport sur le droit des traités⁷⁹², que, conformément au principe du consensualisme, « il est toujours loisible aux Parties d'amender le traité par un accord général *inter se* conformément à l'article 39 des Conventions de Vienne et que rien ne les empêche d'adopter un accord unanime à cette fin en matière de réserves »⁷⁹³.

495. Pour tenir compte de cette hypothèse, le Rapporteur spécial a proposé en 2006⁷⁹⁴ un projet de directive 3.3.4 qui prévoit :

3.3.4 Effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide

Une réserve interdite expressément ou implicitement par le traité ou incompatible avec son objet et son but peut être formulée par un État ou une organisation internationale si aucun des autres États contractants ou organisations contractantes^[795] n'y fait objection après consultation expresse par le dépositaire.

⁷⁹² Voir Premier rapport sur le droit des traités (A/CN.4/144), *Annuaire de la Commission du droit international 1962*, vol. II, p. 74, par. 9. Voir également les explications contenues dans le dixième rapport sur les réserves aux traités (2005) (A/CN.4/558/Add.2), par. 205.

⁷⁹³ Dixième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/558/Add.2), par. 205 (notes de bas de page omises). Cette position est également soutenue par D. W. Greig, note 497 ci-dessus, p. 56 et 57 et L. Sucharipa-Behrman, note 489 ci-dessus, p. 78. D. W. Bowett, qui partage cette position, considère cependant que cette possibilité ne relève pas du droit des réserves (note 545 ci-dessus, p. 84); voir aussi C. Redgwell, « Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties », *British Year Book of International Law*, 1993, p. 269.

⁷⁹⁴ Dixième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/558/Add.2), par. 207.

⁷⁹⁵ Le projet de directive initialement proposé par le Rapporteur spécial utilisait l'expression « Parties contractantes » d'usage courant et qui, dans son esprit, englobait les États contractants et les organisations contractantes. Suite à diverses remarques faites au sein de la Commission, le Rapporteur spécial est revenu sur cette commodité de langage qu'il reconnaît peu compatible avec les définitions des États contractants et des organisations contractantes d'une part et des « parties » d'autre part, données au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 respectivement *sub litt.*

En procédant à cette consultation, le dépositaire attire l'attention des États et des organisations internationales signataires et des États contractants et des organisations contractantes et, le cas échéant de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, sur la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

496. L'idée sous-jacente à ce projet de directive trouve du reste un certain appui dans la pratique. Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'une acceptation unanime des parties aux traités, l'exemple de la réserve de neutralité formulée par la Suisse lors de son adhésion au Pacte de la Société des Nations n'en reste pas moins un exemple où, malgré l'interdiction des réserves, l'auteur de la réserve a été admis dans le cercle des États parties⁷⁹⁶.

497. Dans le même esprit, la Commission a d'ores et déjà reconnu, dans la directive 2.3.1⁷⁹⁷, qu'il est acceptable de remédier à l'invalidité d'une réserve résultant de sa tardiveté par une acceptation – ou du moins une absence d'opposition – unanime de la part de l'ensemble des États contractants et des organisations contractantes⁷⁹⁸.

498. Mais, là encore, le problème est différent de la question des effets d'une réserve non valide ou de celle des effets des réactions à une telle réserve non valide. Il s'agit ici de la question – distincte – de la validation de la réserve elle-même qui, faute de remplir les conditions posées par l'article 19 des Conventions de Vienne, ne peut être validée que par l'acceptation unanime des États contractants ou des organisations contractantes. C'est seulement après cette validation que le régime de Vienne continue à jouer son rôle : la réserve validée doit être acceptée conformément aux dispositions pertinentes de l'article 20 des Conventions – acceptation indispensable pour que la réserve puisse produire un quelconque effet juridique en application de l'article 21.

499. Le projet de directive 3.3.4, qui conserve tout son intérêt, a donc, lui aussi, tout à fait sa place dans la troisième partie du Guide de la pratique sur la validité de la réserve. En tout état de cause, il serait illogique d'intégrer un tel projet de directive dans la partie consacrée aux effets d'une réserve non valide; par définition,

⁷⁹⁶ Voir M. H. Mendelson, « Reservations to the Constitutions of International Organizations », *British Year Book of International Law*, vol. 45, 1971, p. 140 et 141.

⁷⁹⁷ La directive 2.3.1 adoptée en première lecture se lit ainsi :

2.3.1 Formulation tardive d'une réserve

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité, *sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.*

⁷⁹⁸ Pour un exemple récent de « validation » formelle d'une réserve formulée tardivement, voir la réserve formulée par le Mozambique à la Convention des Nations Unies contre la corruption environ sept mois après sa ratification de la Convention [*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. XVIII, 14)]. Dans sa notification dépositaire C.N.806.2009.TREATIES-34 du 10 novembre 2009, le Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire, a communiqué : « Dans un délai d'un an à compter de la date de la notification dépositaire transmettant la réserve (C.N.834.2008.TREATIES-32 du 5 novembre 2008), aucune des Parties contractantes à ladite Convention n'a notifié d'objection au Secrétaire général, soit au dépôt lui-même soit à la procédure envisagée. En conséquence, ladite réserve est considérée comme ayant été acceptée en dépôt, à l'expiration du délai stipulé ci-dessus, soit le 4 novembre 2009. »

la réserve dont il s'agit ici est devenue *valide* en raison de l'acceptation ou de l'absence d'opposition unanime.

500. Les projets de directives 3.3.3 et 3.4.1 permettent de répondre à la question de l'acceptation d'une réserve non valide : elle ne peut avoir aucun effet, ni sur la validité de la réserve – en dehors du cas particulier prévu dans le projet de directive 3.3.4, ni a fortiori sur les effets juridiques qui découlent de la nullité de la réserve non valide.

ii. L'objection à une réserve non valide

501. Dans la pratique étatique, la très grande majorité des objections est motivée par la non-validité de la réserve sur laquelle porte l'objection. Mais les auteurs de telles objections en tirent des conséquences très diverses : tantôt ils se limitent à constater que la réserve en cause n'est pas valide, tantôt ils la qualifient de nulle ou dénuée d'effet juridique, tantôt (mais fort rarement) l'auteur de l'objection considère que son objection empêche l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre lui-même et celui de la réserve et tantôt il indique au contraire que le traité entre en vigueur dans son intégralité dans ces mêmes relations bilatérales⁷⁹⁹.

502. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice n'est pas un modèle de cohérence sur ce point⁸⁰⁰. En 1999, la Cour s'est en effet bornée à noter dans ses ordonnances concernant les demandes de mesures conservatoires introduites par la Yougoslavie contre l'Espagne et les États-Unis :

« 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 États-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 »⁸⁰¹.

La motivation de la Cour ne comporte aucun examen de la validité matérielle de la réserve, en dehors du constat que la Convention de 1946 ne les interdit pas. Seule l'absence d'objection de la part de l'État concerné semble avoir été déterminante, ce qui correspond à la position que les juges de la Cour avaient adoptée en 1951 mais

⁷⁹⁹ Les réactions à la réserve formulée par le Qatar lors de son adhésion à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes illustrent d'ailleurs presque toute la panoplie d'objections imaginables : tandis que les 18 objections (dont deux tardives : Mexique et Portugal) relèvent toutes que la réserve est incompatible avec l'objet et le but de la Convention, l'une ajoute qu'elle est « nulle » (Suède) et deux autres précisent que la réserve ne produit aucun effet sur les dispositions de la Convention (Espagne, Pays-Bas). Huit de ces objections précisent qu'elles n'empêchent pas l'entrée en vigueur du traité (Belgique, Finlande, Hongrie, Irlande, Italie, Mexique, Pologne, Portugal), tandis que 10 considèrent que le traité entre en vigueur pour le Qatar sans que l'auteur de la réserve puisse se prévaloir de ses réserves non valides (Autriche, Espagne, Estonie, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Suède). Voir *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 8).

⁸⁰⁰ Voir l'opinion individuelle commune de M^{me} la juge Higgins et MM. les juges Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma jointe à l'arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, C.I.J. Recueil 2006, p. 65 à 71.

⁸⁰¹ Ordonnances du 2 juin 1999, *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999, p. 772, par. 32 et *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1999, p. 924, par. 24.

qui est aujourd'hui dépassée par la Convention de Vienne avec laquelle elle n'est pas compatible⁸⁰² :

« L'objet et le but [du traité] assignent [...] des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter. Il en résulte 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'État qui joint une réserve à son adhésion et de l'État qui estime devoir y faire objection. Telle est la norme de conduite qui doit guider chaque État dans l'appréciation qu'il lui appartient de faire individuellement et pour son propre compte de la régularité d'une réserve »⁸⁰³.

503. Néanmoins, dans son ordonnance concernant la demande de mesures conservatoires dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la Cour a modifié son approche en examinant, *in limine*, la validité matérielle de la réserve du Rwanda :

« [L]adite réserve ne porte pas sur le fond du droit, mais sur la seule compétence de la Cour; [...] elle n'apparaît dès lors pas contraire à l'objet et au but de la Convention »⁸⁰⁴.

Et, dans son arrêt sur la compétence de la Cour et la recevabilité de la requête, la Cour a confirmé que

« 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 »⁸⁰⁵.

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 »⁸⁰⁶. Sans qu'une éventuelle objection de la part de la République démocratique du Congo fût donc requise en vue de *déterminer* la validité de la réserve, la Cour a considéré nécessaire d'ajouter :

« S'agissant du droit des traités, la Cour notera par ailleurs que, lorsque le Rwanda a adhéré à la Convention sur le génocide et a formulé la réserve en question, la RDC n'y a pas fait objection »⁸⁰⁷.

⁸⁰² Quatorzième rapport sur les réserves aux traités (2009) (A/CN.4/614/Add.1), par. 98 à 100.

⁸⁰³ Avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1951, p. 24

⁸⁰⁴ Ordonnance du 10 juillet 2002, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 2002, p. 246, par. 72.

⁸⁰⁵ Arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, C.I.J. Recueil 2006, p. 32, par. 67.

⁸⁰⁶ Opinion individuelle commune précitée (note 800 ci-dessus), p. 70, par. 20.

⁸⁰⁷ Arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, Compétence de la Cour et recevabilité de la requête, C.I.J. Recueil 2006, p. 33, par. 68.

504. Une telle précision n'est pas superflue. En effet, bien qu'une objection à une réserve ne détermine pas la validité de la réserve en tant que telle, elle constitue un facteur indicatif non négligeable pour l'ensemble des acteurs concernés, c'est-à-dire, l'auteur de la réserve, les États et organisations contractants et toute juridiction ou tout organe compétent pour déterminer la validité d'une réserve. Il ne faut en effet pas oublier que, comme la Cour l'a indiqué dans son avis consultatif de 1951 :

« [L]'appréciation de la régularité de la réserve appartient à chaque État partie à la Convention, celui-ci exerçant ce droit individuellement et pour son propre compte »⁸⁰⁸.

505. L'arrêt de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Loizidou* a également fait une place importante aux réactions des États parties en tant qu'élément à prendre en considération pour la détermination de la validité de la réserve turque⁸⁰⁹. Le Comité de droits de l'homme a confirmé cette approche dans son observation générale n° 24 :

« L'absence de protestation de la part d'un État ne peut pas laisser supposer qu'une réserve est compatible ou incompatible avec l'objet et le but du Pacte. [...] Cela étant, une objection élevée par des États à une réserve peut donner au Comité un élément d'appréciation pour déterminer si la réserve est compatible avec l'objet et le but du Pacte »⁸¹⁰.

506. Lors de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (2005), la Suède, en réponse à la question posée par la Commission concernant les objections à effet minimum motivées par la non-conformité de la réserve avec l'objet et le but du traité⁸¹¹, a expressément soutenu cette position :

« En théorie, le fait de formuler une objection ne contribue pas à établir la non-validité d'une réserve, mais sert simplement à y attirer l'attention. Une objection n'a donc aucun effet juridique propre et il n'est même pas nécessaire de la considérer comme une objection. [...] Toutefois, en l'absence d'organe qui aurait autorité pour déclarer une réserve non valide, comme la Cour européenne des droits de l'homme, ces "objections" jouent un rôle important. »⁸¹²

507. Comme cela est établi ci-dessus⁸¹³, les Conventions de Vienne ne contiennent aucune règle au sujet des effets des réserves qui ne satisfont pas aux conditions de

⁸⁰⁸ *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 26. Voir également Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-2/82, 24 septembre 1982, série A, n° 2, par. 38 (« *The States Parties have a legitimate interest, of course, in barring reservations incompatible with the object and purpose of the Convention. They are free to assert that interest through the adjudicatory and advisory machinery established by the Convention* » [Bien entendu, les États parties ont un intérêt légitime à empêcher les réserves incompatibles avec l'objet et le but de la Convention. Ils sont libres de faire valoir cet intérêt à travers le mécanisme judiciaire et consultatif institué par la Convention (traduction du Rapporteur spécial)]).

⁸⁰⁹ Voir par. 95 de l'arrêt de la Cour européenne (par. 443 ci-dessus).

⁸¹⁰ *Document officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, p. 127, par. 17.

⁸¹¹ Voir note 731 ci-dessus.

⁸¹² A/C.6/60/SR.14, p. 5, par. 22.

⁸¹³ Voir par. 386 à 402.

validité établies dans l'article 19, ni même – et assez logiquement par voie de conséquence – en ce qui concerne les réactions que les États peuvent éventuellement manifester à l'égard de telles réserves. Dans le régime de Vienne, l'objection ne constitue pas un instrument par lequel les États ou organisations contractants déterminent la validité d'une réserve; elle remplit une autre fonction : celle de rendre la réserve inopposable à l'auteur de l'objection⁸¹⁴. Les acceptations et les objections mentionnées à l'article 20 ne concernent que des réserves valides. Le simple fait que, dans la pratique étatique, l'on ait recours à ces mêmes instruments pour réagir aux réserves non valides ne signifie pas que ces réactions produisent les mêmes effets ou sont soumises aux mêmes conditions que les objections aux réserves valides.

508. De l'avis du Rapporteur spécial, ce n'est cependant pas une raison suffisante pour ne pas considérer ces réactions comme de véritables objections, contrairement à ce que la Suède a peut-être voulu dire dans la déclaration précitée⁸¹⁵. Une telle réaction correspond en effet pleinement à la définition du terme « objection » retenue par la Commission dans la directive 2.6.1 et constitue une « déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou une organisation internationale en réponse à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle l'État ou l'organisation vise à exclure [...] les effets juridiques de la réserve ou à exclure l'application du traité dans son ensemble, dans ses relations avec l'auteur de la réserve »⁸¹⁶. Le simple fait que, finalement, ce n'est pas l'objection qui réalise le but poursuivi en privant la réserve d'effets mais la nullité de celle-ci, ne change rien à l'objectif visé par son auteur : exclure tous les effets de la réserve non valide. Il ne paraît dès lors ni opportun ni utile de réinventer un terme pour ces réactions aux réserves, dont l'appellation actuelle correspond non seulement à la définition du terme « objection » retenue par la Commission, mais est également largement répandue dans la pratique étatique et, semble-t-il, unanimement acceptée et comprise.

509. Du reste, il n'est pas douteux que, bien qu'une objection à une réserve non valide n'ajoute rien à la nullité de la réserve, elle constitue néanmoins un instrument important et pour amorcer le dialogue réservataire et pour alerter les organes de traités et les juridictions internationales ou internes lorsqu'ils doivent, le cas échéant, déterminer la validité de la réserve. En conséquence, il ne serait guère judicieux – et il serait en réalité trompeur – de se borner à constater, dans le Guide de la pratique, l'absence de tout effet d'une objection à une réserve non valide.

510. Il est, au contraire, d'une importance capitale que les États continuent de formuler des objections à des réserves qu'ils considèrent non valides, bien qu'en apparence de telles déclarations n'ajoutent rien aux effets résultant *ipso jure* et sans autre condition de l'invalidité de la réserve. Ceci est d'autant plus important concrètement qu'il ne faut pas se laisser obnubiler par l'existence marginale d'organes compétents pour apprécier la validité d'une réserve contestée : comme il est de règle en droit international, dans ce domaine comme dans la plupart la plupart

⁸¹⁴ Voir par. 292 à 295 ci-dessus.

⁸¹⁵ Voir par. 506 ci-dessus.

⁸¹⁶ Pour le texte complet de la directive 2.6.1 (Définition des objections aux réserves) et son commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), p. 184 à 199.

des autres, l'absence de mécanisme de constatation objective demeure la norme, son existence l'exception⁸¹⁷. Dès lors, dans l'attente d'une très hypothétique intervention d'un tiers impartial, « chaque État apprécie lui-même sa situation juridique au regard des autres États » – y compris, bien sûr, à l'égard des réserves⁸¹⁸.

511. Il convient non pas de décourager les États de formuler des objections à des réserves qu'ils considèrent comme n'étant pas valides, mais, bien au contraire, dans une souci de stabilité des relations conventionnelles, de les y encourager – en exposant les raisons d'une telle prise de position⁸¹⁹. C'est la raison pour laquelle, dans le projet de directive 4.5.4 qu'il est proposé d'intégrer dans le Guide de la pratique, il ne faudra pas seulement énoncer le principe (sans aucun doute exact) selon lequel une objection à une réserve qui n'est pas valide ne produit, en tant que telle, aucun effet, mais encore, dissiper toute conclusion hâtive quant à la futilité de l'exercice qui pourrait être tirée de l'énoncé de ce principe. Il est en effet très important à tous égards que, lorsqu'ils l'estiment justifié, les États et les organisations internationales formulent une objection en vue de faire publiquement valoir leur point de vue sur la non-validité de la réserve.

512. En revanche, même si cela est préférable, il n'est pas indispensable⁸²⁰ que ces objections soient formulées dans le délai de 12 mois – ou de tout autre délai prescrit par le traité⁸²¹. Dépourvues en tant que telles d'effet juridique sur les effets de la réserve, de telles objections gardent toute leur valeur pour l'auteur de la réserve – qui se trouve alerté sur les doutes pesant sur la validité de celle-ci – pour les autres États contractants ou organisations contractantes et pour toute autorité qui pourrait être appelée à se prononcer sur la validité de la réserve. Ceci a été clairement souligné dans les commentaires sur la directive 2.6.15 (Objections tardives) :

⁸¹⁷ Voir l'arrêt du 18 juillet 1966, *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, C.I.J. Recueil 1966, p. 46, par. 85 : « Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire l'objet en dernier ressort d'une procédure juridique [by any legal process] a toujours constitué la règle plutôt que l'exception ».

⁸¹⁸ Sentence arbitrale du 9 décembre 1978, *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII, p. 483, par. 81.

⁸¹⁹ Voir directive 2.6.10 (Motivation) recommandant aux auteurs d'une objection à une réserve de la motiver (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), p. 219 à 222).

⁸²⁰ Le Gouvernement italien, dans son objection aux réserves du Botswana au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, formulée tardivement, a expliqué : « Le Gouvernement de la République italienne considère, conformément à l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, que [l]es réserves [du Botswana] sont incompatibles avec l'objet et le but du Pacte. Ces réserves ne relèvent pas de l'application de l'article 20 et peuvent donc faire l'objet d'objections à tout moment. » (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> [chap. IV, 4]); voir également l'objection italienne à la réserve du Qatar à la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, *ibid.* [chap. IV, 9]. Voir en outre la position exprimée par la Suède au sein de la Sixième Commission lors de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (A/C.6/60/SR.14), p. 5, par. 22.

⁸²¹ Pour d'autres exemples récents, voir les objections portugaise et mexicaine à la réserve formulée par le Qatar lors de l'adhésion à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes [*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne : <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 8)]. Les deux objections ont été faites le 10 mai 2010 (C.N.260.2010.TREATIES-16 et C.N.264.2010.TREATIES-16), tandis que l'instrument d'adhésion du Qatar a été communiqué par le Secrétaire général le 8 mai 2009.

« Cette pratique [des objections tardives] ne doit certainement pas être condamnée. Tout au contraire: elle permet aux États et aux organisations internationales d'exprimer, par le biais d'objections, leur point de vue sur la validité d'une réserve, eût-elle été formulée plus de douze mois plus tôt, ce qui ne va pas sans avantage, même si ces objections tardives ne produisent aucun effet juridique immédiat »⁸²².

Il en va ainsi a fortiori s'agissant des objections à des réserves que leurs auteurs tiennent pour non valides.

513. Cette remarque ne doit cependant pas constituer un encouragement à formuler des objections tardivement en invoquant le fait que, même sans l'objection, la réserve est nulle et ne produit aucun effet. Il est dans l'intérêt de l'auteur de la réserve, des autres États contractants et organisations contractantes et, plus généralement de la stabilité et de la clarté des situations juridiques, de faire des objections à des réserves non valides et de les formuler aussi rapidement que possible pour que la situation juridique puisse être appréciée rapidement par l'ensemble des acteurs et que l'auteur de la réserve puisse éventuellement remédier à la non-validité dans le cadre du dialogue réservataire.

514. Compte tenu de ces considérations, la Commission pourrait adopter un projet de directive 4.5.4 synthétisant les règles à appliquer aux réactions aux réserves non valides et, plus particulièrement aux objections à de telles réserves, qui pourrait être libellé de la manière suivante :

4.5.4 Réactions à une réserve non valide

Les effets de la nullité d'une réserve non valide ne dépendent pas de la réaction d'un État contractant ou d'une organisation internationale contractante.

Un État ou une organisation internationale, qui, après avoir examiné la validité d'une réserve conformément au présent Guide de la pratique, considère que cette réserve n'est pas valide, devrait néanmoins y formuler une objection motivée en ce sens dans les meilleurs délais.

4. L'absence d'effet d'une réserve sur les relations conventionnelles entre les autres parties contractantes

515. Le paragraphe 2 de l'article 21 des Conventions de Vienne dispose sans équivoque :

« La réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties au traité dans leurs rapports *inter se* ».

516. En vertu de cette disposition, les relations conventionnelles entre les autres parties au traité demeurent inchangées par la réserve. Cette règle de la « relativité des liens juridiques » a pour objet de sauvegarder le système normatif applicable entre les autres parties au traité. Bien que ce système normatif se présente vis-à-vis de l'auteur de la réserve et vis-à-vis de la réserve concernée comme le régime général du traité (par lequel il n'est lié que partiellement en raison de sa réserve), ce régime n'est pas forcément unique étant donné que les autres parties peuvent

⁸²² Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10), p. 238, par. 3) du commentaire.

également subordonner leur consentement à des réserves qui modifient, en conséquence, leurs relations mutuelles dans la mesure prévue par le paragraphe 1 ou par le paragraphe 3 de l'article 21⁸²³. Le paragraphe 2 n'a cependant nullement pour objet de limiter la multiplication des systèmes normatifs à l'intérieur même d'un traité donné, il vise seulement à limiter les effets de la réserve aux seules relations bilatérales entre l'État auteur, d'une part, et chaque autre État contractant, d'autre part.

517. Le champ d'application du paragraphe 2 n'est pas limité aux seules réserves « établies », c'est-à-dire aux réserves qui remplissent les exigences imposées par les articles 19, 20 et 23; ceci n'est cependant pas une incongruité rédactionnelle. En effet, le principe de la relativité de la réserve s'applique indépendamment de sa validité matérielle ou formelle. Ceci est particulièrement évident en ce qui concerne les réserves non valides, qui en raison de leur nullité sont dépourvues d'effet – au bénéfice de leur auteur et, très évidemment, à celui ou au détriment des autres parties au traité⁸²⁴.

518. De surcroît, l'acceptation de la réserve ou les objections qu'elle a appelées n'influencent pas non plus les effets de la réserve en dehors des relations bilatérales entre l'auteur de la réserve et chacune des autres parties contractantes. Elle ne fait qu'identifier les parties vis-à-vis desquelles la réserve est considérée comme établie – celles ayant accepté la réserve⁸²⁵ – afin de les distinguer des parties à l'égard desquelles la réserve ne produit pas d'effet – celles qui ont fait une objection à la réserve. Mais, dans les relations entre l'ensemble des États contractants ou organisations contractantes autres que l'auteur de la réserve, cette dernière ne peut modifier ou exclure les effets juridiques d'une ou de certaines dispositions du traité, ou les effets juridiques du traité en tant que tel – et peu importe à cet égard qu'ils aient accepté la réserve ou y aient objecté.

519. Bien que le paragraphe 2 ne contienne aucune limitation ni exception, on peut se demander si la règle de la « relativité des liens juridiques » est aussi absolue qu'il l'établit⁸²⁶. Sir Humphrey Waldock l'évoquait d'ailleurs plus prudemment dans l'annexe à son premier rapport, intitulé « Historique de la question des réserves aux conventions multilatérales » : « [U]ne réserve n'affect[e] *en principe* que les relations entre l'État qui formule la réserve et les autres »⁸²⁷. Se pose donc la question de savoir s'il existe des traités pour lesquels le principe de la relativité ne peut pas s'appliquer?

520. Les traités spécifiques visés par les paragraphes 2 et 3 de l'article 20 ne constituent certainement pas une exception à la règle de la relativité. Il est vrai que la relativité des liens juridiques est quelque peu limitée dans le cadre de ces

⁸²³ Voir F. Horn, note 462 ci-dessus, p. 142.

⁸²⁴ Voir par. 420 à 434 ci-dessus.

⁸²⁵ Quatorzième rapport sur les réserves aux traités (2009) (A/CN.4/614/Add.2), par. 199 à 236.

⁸²⁶ R. Szafarz soutient que « [i]t is obvious, of course, that 'the reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty inter se' » (« Reservations to Multilateral Treaties », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1970, p. 311) [il est bien sûr évident que « la réserve ne modifie pas les dispositions du traité à l'égard des autres parties *inter se* » (traduction du Rapporteur spécial)].

⁸²⁷ Premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/144, *Annuaire de la Commission du droit international* 1962, vol. II, p. 87 (note 5) (italiques ajoutées).

conventions, mais non pas en ce qui concerne les relations des autres États parties *inter se*, qui restent aussi inchangées.

521. Bien que dans le cadre des traités qui doivent être appliqués intégralement les États contractants et organisations contractantes doivent tous donner leur assentiment afin que la réserve puisse produire ses effets, ce consentement unanime ne constitue certainement pas en soi une modification du traité lui-même entre les parties au traité. Il convient donc de distinguer, ici encore, deux systèmes normatifs à l'intérieur du même traité : celui qui régit les relations entre l'auteur de la réserve et chacune des autres parties qui ont, par définition, toutes accepté la réserve, d'une part, et celui qui régit les relations de ces autres parties entre elles, d'autre part. Les relations des autres parties *inter se* restent intactes.

522. Le même raisonnement s'impose dans le cadre des actes constitutifs d'organisations internationales. Bien que dans ce cas le consentement ne soit pas nécessairement unanime, il ne modifie aucunement les relations conventionnelles entre les parties autres que l'auteur de la réserve. Le système majoritaire impose simplement aux membres minoritaires une position à l'égard de l'auteur de la réserve, afin d'éviter justement l'établissement de systèmes normatifs multiples au sein de l'acte constitutif, mais, ici, c'est l'acceptation de la réserve par l'organe de l'organisation qui généralise l'application de la réserve et probablement exclusivement dans les relations des autres parties avec l'État ou l'organisation réservataire.

523. Même dans l'hypothèse de l'acceptation unanime d'une réserve a priori non valide⁸²⁸, ce n'est pas la réserve « validée » par l'assentiment des parties qui modifie le système normatif « général » applicable entre les autres parties. Certes, ce système normatif subit une modification en ce que l'interdiction de la réserve est levée ou l'objet et le but du traité sont modifiés afin de faire correspondre le traité (et ses clauses de réserves) à la réserve. Néanmoins, cette modification du traité qui a des incidences sur l'ensemble des parties n'est pas le résultat de la réserve, mais du consentement unanime des États contractants et des organisations contractantes, consentement qui est à l'origine d'un accord visant à modifier le traité afin d'autoriser la réserve dans le sens de l'article 39 des Conventions de Vienne⁸²⁹.

524. Ceci étant, il faut souligner que les parties restent toujours libres de modifier leurs relations conventionnelles si elles le jugent nécessaire⁸³⁰. Cette possibilité peut se déduire a contrario du commentaire de la Commission relatif au projet d'article 19 du projet d'articles sur le droit des traités de 1966 (qui est devenu l'article 21 de la Convention de 1969) selon lequel la réserve

« ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties, dans leurs rapports entre elles, puisqu'elle n'a pas été acceptée en tant que clause du traité dans leurs relations mutuelles »⁸³¹.

525. Au bénéfice de ces remarques, la Commission voudra certainement, conformément à sa pratique constante, intégrer dans le Guide de la pratique un projet de directive 4.6 reprenant purement et simplement le texte du paragraphe 2 de l'article 21 des Conventions de Vienne :

⁸²⁸ Voir par. 494 à 499 ci-dessus.

⁸²⁹ Voir par. 494 ci-dessus.

⁸³⁰ F. Horn, note 462 ci-dessus, p. 142 et 143.

⁸³¹ *Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, p. 227, par. 1.

4.6 Absence d'effet d'une réserve dans les relations entre les autres États contractants et organisations contractantes autres que son auteur

Une réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties au traité dans leurs rapports *inter se*.

526. Au demeurant, rien n'empêche les parties d'accepter la réserve en tant que véritable clause du traité ou de changer toute autre disposition du traité, si elles l'estiment nécessaire. Une telle modification ne peut cependant ni s'effectuer *ipso facto* par l'acceptation d'une réserve – comme le précise le projet de directive 4.6 – ni être présumée. Il faut donc, en tout état de cause, suivre les procédures prévues à cette fin dans le traité, ou, à défaut, la procédure établie par les Conventions de Vienne dans leurs articles 39 et suivants. Une modification du traité dans sa totalité peut d'ailleurs se révéler nécessaire, voire indispensable⁸³². Cette nécessité dépend cependant de chaque cas d'espèce et reste à la libre discrétion des parties. C'est la raison pour laquelle il ne paraît pas indispensable de prévoir d'exception au principe posé au paragraphe 2 de l'article 21 des Conventions de Vienne. Si la Commission était d'un avis contraire, le projet de directive 4.6 pourrait néanmoins être rédigé de la manière suivante :

4.6 Absence d'effet d'une réserve dans les relations entre les autres États contractants et organisations contractantes autres que son auteur

[Sans préjudice de tout accord intervenu entre les parties quant à son application,] une réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties au traité dans leurs rapports *inter se*.

⁸³² Une telle situation peut notamment se produire dans des traités concernant les produits de base dans lesquels même le principe de la réciprocité n'est pas capable de « restaurer » l'équilibre entre les parties (H. G. Schermers, note 449 ci-dessus, p. 356). L'alinéa c du paragraphe 2 de l'article 64 de l'Accord international de 1968 sur le sucre semblait en effet prévoir la possibilité de l'adaptation des dispositions dont l'application se serait avérée compromise par la réserve : « Dans tout autre cas où des réserves sont formulées [c'est-à-dire dans les cas où la réserve formulée touche au fonctionnement économique de l'Accord], le Conseil les examine et décide par un vote spécial si, *et le cas échéant à quelles conditions*, il y a lieu de les accepter. Ces réserves ne prennent effet qu'après que le Conseil a statué en la matière » (italiques ajoutées). Voir aussi P.-H. Imbert, note 465 ci-dessus, p. 250; F. Horn, note 462 ci-dessus, p. 142 et 143.