



# Assemblée générale

Distr. limitée  
29 juillet 2010

Original: français

---

## Commission du droit international

### Soixante-deuxième session

Genève, 3 mai-4 juin et  
5 juillet-6 août 2010

## Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-deuxième session

*Rapporteur:* M. Stephen Vasciannie

### Chapitre IV Les réserves aux traités

#### Additif

#### Table des matières

- C.2 Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-deuxième session (*suite*)

## C.2 Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés provisoirement par la Commission à sa soixante-deuxième session (suite)

### 3.3.2 [3.3.3] Effet de l'acceptation individuelle d'une réserve non valide

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

#### Commentaire

1) Aux termes du premier membre de phrase de la directive 3.3 (Conséquences de la non-validité d'une réserve), «[u]ne réserve formulée en dépit d'une interdiction résultant des dispositions du traité ou de son incompatibilité avec l'objet et le but du traité n'est pas valide...»<sup>1</sup>. Il en ressort clairement que la non-validité de la réserve résulte *ipso facto* de l'un des motifs énumérés à l'article 19 des Conventions de Vienne et repris dans la directive 3.1 du présent Guide de la pratique. En d'autres termes, l'interdiction (expresse ou implicite) de la réserve ou son incompatibilité avec l'objet et le but du traité sont les conditions (alternatives) nécessaires et suffisantes à sa non-validité substantielle.

2) En conséquence, il ne fait aucun doute que l'acceptation par un État ou une organisation internationale contractant d'une réserve formulée en dépit des alinéas *a* et *b* de l'article 19 ne peut remédier à cette non-validité, qui est la conséquence «objective» de l'interdiction de la réserve ou de son incompatibilité avec l'objet et le but du traité. C'est ce que précise la directive 3.3.2.

3) Sir Humphrey Waldock, en sa qualité d'expert-conseil, s'était clairement exprimé en faveur de cette solution lors de la Conférence de Vienne sur le droit des traités 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»<sup>2</sup>.

4) 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 (ou de la directive 3.1), soit de l'alinéa *c* qui suit exactement la même logique et qu'il n'y aucune raison de distinguer des deux autres alinéas de cette disposition<sup>3</sup>, a pour conséquence logique qu'une telle acceptation ne peut pas avoir d'effet juridique<sup>4</sup>. 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

<sup>1</sup> Pour le commentaire de cette disposition, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, p. 310 à 315.

<sup>2</sup> *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, A/CONF.39/11, 25<sup>e</sup> séance, 16 avril 1968, p. 144, par. 2.*

<sup>3</sup> Cf. la fin de la directive 3.3 (Conséquences de la non-validité d'une réserve): «Une réserve formulée en dépit d'une interdiction résultant des dispositions du traité ou de son incompatibilité avec l'objet et le but du traité n'est pas valide, *sans qu'il y ait lieu d'opérer de distinction entre les conséquences de ces chefs d'invalidité.*».

<sup>4</sup> Voir ci-dessous la directive 4.5.3 [4.5.4] (Réactions à une réserve non valide) et son commentaire.

«établie»<sup>5</sup>. 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, paragraphe 1, 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»<sup>6</sup>.

5) Malgré des avis contraires, la Commission estime que cette directive a sa place dans la troisième partie du Guide de la pratique consacrée à la validité des réserves et non dans la quatrième partie, qui porte sur leurs conséquences: il ne s'agit en effet pas d'identifier l'effet de l'acceptation d'une réserve non valide 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). La validité précède logiquement l'acceptation (et cette logique est celle-là même qui est suivie par les Conventions de Vienne); or la directive 3.3.2 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. Son objet 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 non valide malgré l'acceptation dont elle fait l'objet.

6) L'acceptation individuelle<sup>7</sup> – même expresse – d'une réserve non valide n'a aucun effet en tant que tel sur les conséquences que cette nullité produit et dont les contours sont précisés dans la quatrième partie du Guide de la pratique. La question des conséquences de l'acceptation sur les effets de la réserve ne se pose pas et ne peut pas se poser; elle s'arrête au stade de la validité qui n'est pas, et ne peut pas être, acquise du fait de l'acceptation.

7) La directive 3.4.1 (Validité substantielle d'une acceptation d'une réserve)<sup>8</sup> confirme du reste très nettement cette manière de voir. Elle établit qu'une acceptation expresse d'une réserve non valide ne peut elle-même avoir aucun effet; elle est, elle aussi, non valide. Les directives 3.3.2 et 3.4.1 permettent de répondre à la question relative aux effets *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 3.3.3, ni a fortiori sur les conséquences juridiques qui découlent de la nullité de la réserve non valide. Celles-ci font l'objet de la section 4.5 du Guide de la pratique.

### 3.3.3 [3.3.4] Effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide

Une réserve interdite par le traité ou incompatible avec son objet et son but est réputée valide si aucun des États contractants ou organisations contractantes n'y

<sup>5</sup> Voir ci-dessus les directives 4.2.1 à 4.2.5 et les commentaires y afférents.

<sup>6</sup> En ce sens, voir D. W. Greig, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», *Australian YearBook of International Law*, vol. 16, 1995, p. 57, ou L. Sucharipa-Behrman, «The Legal Effect of Reservations to Multilateral Treaties», *Austrian Review of International and European Law*, 1996, 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 ... 1962*, vol. I, 653<sup>e</sup> séance, 29 mai 1962, p. 177, par. 44 et 45, et p. 179, par.63).

<sup>7</sup> Par opposition à l'acceptation collective qui fait l'objet de la directive 3.3.3. L'expression «acceptation individuelle» est également utilisée par la directive 2.8.9 pour désigner les acceptations d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale émanant d'un État ou d'une organisation internationale par opposition à celle de l'organe compétent de l'organisation.

<sup>8</sup> Cette directive se lit ainsi: «L'acceptation expresse d'une réserve non valide n'est elle-même pas valide.».

fait objection après en avoir été expressément informé par le dépositaire à la demande d'un État contractant ou d'une organisation contractante.

### Commentaire

1) Le principe énoncé par la directive 3.3.2 doit être assorti d'un *caveat* important: il ne s'applique qu'aux acceptations émanant d'États ou d'organisations internationales individuellement. En effet, alors qu'il n'est pas 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, hypothèse qu'envisage la directive 3.3.3.

2) Plus précisément, la situation envisagée par la présente directive est la suivante: une réserve, interdite (expressément ou implicitement) par le traité ou incompatible avec son objet et son but, est formulée et notifiée au dépositaire par un État contractant ou une organisation contractante. Ultérieurement, un autre État ou organisation contractant<sup>9</sup>, qui tient la réserve pour non valide demande au dépositaire de notifier cette position à l'ensemble des États et organisations contractants mais sans faire d'objection. À la suite de la notification de cette position par le dépositaire, aucun État contractant ou organisation contractante, dûment alerté, ne s'oppose à ce que la réserve produise les effets visés – elle est alors «réputée valide»<sup>10</sup>.

3) Le projet d'article 17.1 b) proposé par Waldock en 1962 envisageait le «cas exceptionnel où un État chercherait à formuler une réserve que les clauses du traité interdiraient ou excluraient»<sup>11</sup>; il prévoyait que, dans cette hypothèse, «le consentement préalable de tous les autres États intéressés» est requis<sup>12</sup>. Cette disposition n'a pas été reprise dans les projets d'articles de la Commission du droit international de 1962<sup>13</sup> et de 1966 et ne figure pas dans la Convention<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> On pourrait envisager que l'auteur de la réserve lui-même effectue une telle démarche s'il a conscience de la non-validité de sa réserve.

<sup>10</sup> Sur cette expression, voir *infra*, le paragraphe 8 du présent commentaire.

<sup>11</sup> Premier rapport, A/CN.4/144, dans *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 74, par. 9.

<sup>12</sup> Voir *ibid.* p. 69 pour le texte du projet.

<sup>13</sup> Elle s'est heurtée à l'opposition de Tounkine (*ibid.*, vol. I, 651<sup>e</sup> séance, 25 mai 1962, par. 19) et de Castrén (*ibid.*, par. 68, et 652<sup>e</sup> séance, 28 mai 1962, par. 30) qui l'estimaient superflue et elle a disparu du projet simplifié retenu par le Comité de rédaction (*ibid.*, 663<sup>e</sup> séance, 18 juin 1962, par. 3).

<sup>14</sup> Cette solution a été cependant mise en œuvre par la clause de réserve de l'Accord européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route du 1<sup>er</sup> juillet 1970, dont l'article 21, par. 2, dispose: «Si, lors du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, un État formule une réserve autre que celle prévue au paragraphe 1 du présent article, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies communiquera cette réserve aux États qui ont déjà déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion et n'ont pas ultérieurement dénoncé le présent Accord. La réserve sera réputée acceptée si, dans le délai de six mois à dater de cette communication, aucun de ces États ne s'est opposé à son admission.

Dans le cas contraire, la réserve ne sera pas admise et, si l'État qui la formule ne la retire pas, le dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion de cet État sera sans effet...».

Sur la base de cette disposition et en l'absence d'objection des autres États parties à la Convention, les États membres de la Communauté économique européenne ont formulé une réserve, non autorisée par l'Accord, excluant l'application de l'Accord à des opérations. Voir les réserves des États qui, à l'époque, étaient membres de la Communauté, *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, note 217 *supra*, vol. I, p. 840 et 841.

4) Ce silence ne résout pas le problème. On peut en effet soutenir qu'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<sup>15</sup> à cette fin en matière de réserves<sup>16</sup>. Cette éventualité, conforme au principe consensuel qui imprègne tout le droit des traités, n'en pose pas moins de très difficiles problèmes. Et d'abord celui de savoir si l'absence d'objection de toutes les Parties dans le délai d'un an équivaut à un accord unanime constituant un amendement à la clause de réserve. Une réponse positive semble, à première vue, découler de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne.

5) Mais, à y bien réfléchir, ceci ne va pas de soi: le silence de l'État partie n'implique pas que celui-ci prend position quant à la validité de la réserve; il signifie, tout au plus, que la réserve lui est opposable<sup>17</sup> et qu'il s'interdit d'y objecter à l'avenir<sup>18</sup>. La preuve en est que l'on ne saurait soutenir que les organes de contrôle, qu'il s'agisse de la Cour internationale de Justice, d'un tribunal arbitral ou d'un organe de surveillance d'un traité de droits de l'homme, sont empêchés d'apprécier la validité d'une réserve quand bien même il n'y a pas été fait d'objection<sup>19</sup>.

6) L'idée sous-jacente à la directive 3.3.3 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

<sup>15</sup> Mais non un accord entre certaines Parties seulement. Voir ci-dessus le paragraphe 7) du commentaire de la directive 3.3.2.

<sup>16</sup> En ce sens: D. W. Greig, op. cit. note 6, p. 56 et 57 ou L. Sucharipa-Behrman, op. cit. note 6, p. 78. Telle est également la position de D. W. Bowett, qui considère cependant que cette possibilité ne relève pas du droit des réserves («Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties», *British YearBook of International Law* 1976-1977, p. 84; voir aussi C. Redgwell, «Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties», *British YearBook of International Law* 1993, p. 269). Au surplus, on ne saurait raisonnablement prétendre que les règles énoncées à l'article 19, et tout spécialement à l'alinéa c, constituent des normes impératives du droit international général auxquelles les Parties ne pourraient déroger par voie d'accord.

<sup>17</sup> En ce sens, M. Coccia, «Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights», *California Western I.L.J.I.* 1985, p. 26; F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, La Haye, 1988, p. 121 à 131, ou K. Zemanek, «Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, Nijhoff, La Haye, 1984, p. 331 et 332; voir aussi G. Gaja, «Unruly Treaty Reservations», *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987, vol. I, p. 319 et 320. Comme le relève à juste titre L. Lijnzaad, il ne s'agit pas d'acceptation *stricto sensu*, «[i]t is the problem of inactive states whose laxity leads to the acceptance of reservations contrary to object and purpose» (*Reservations to U.N. Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, T.M.C. Asser Instituut, Nijhoff, Dordrecht, 1994, p. 56) (il s'agit bien davantage du problème d'États inactifs, dont le laxisme conduit à l'acceptation de réserves contraires à l'objet et au but).

<sup>18</sup> Voir la directive 2.8.12 et son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, p. 258 et 259.

<sup>19</sup> Voir not. D. W. Greig, op. cit. note 6, p. 57 et 58. Déjà, durant les débats de la Commission du droit international de 1962, Bartoš avait fait valoir qu'il n'était guère pensable qu'une réserve évidemment non valide puisse, par le simple jeu des délais imposés à la formulation des objections, «échapper par la suite à tout recours» (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 654<sup>e</sup> séance, 30 mai 1962, p. 182 et 183, par. 29).

parties<sup>20</sup>. Ce «précédent» ne permet cependant certainement pas d'établir l'existence d'une règle coutumière en ce sens. Dès lors, sauf à laisser subsister une lacune sur une question susceptible de se poser, il convient de se placer sur le terrain de la *lex ferenda* et du développement progressif du droit international.

7) Tel est le sens de la directive 3.3.3 pour la rédaction de laquelle la Commission s'est inspirée de la solution qu'elle a retenue au sujet de la formulation tardive des réserves, par laquelle elle a admis qu'une réserve interdite par le traité ou manifestement contraire à son objet et à son but ne peut être formulée «sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection»<sup>21</sup> après avoir été dûment consultées par le dépositaire<sup>22</sup>.

8) La Commission a toutefois estimé qu'il convenait de procéder avec prudence. C'est ce qui explique notamment l'expression «... est réputée valide si...», qui entend marquer que l'invalidité de principe de la réserve demeure mais que l'accord ultérieur des parties a, en réalité, modifié le traité initial afin de permettre malgré tout à l'auteur de la réserve de se prévaloir de celle-ci. En outre, cette expression doit s'entendre comme laissant ouverte la possibilité que la réserve soit déclarée non valide pour d'autres raisons par un organe habilité à se prononcer sur la question.

9) L'expression «à la demande d'un État contractant ou d'une organisation contractante» insérée à la fin de la directive vise à établir que c'est de ceux-ci que doit venir l'initiative et que la Commission n'entend pas déroger aux strictes limites dans lesquelles les articles 77 de la Convention de Vienne de 1969 et 78 de celle de 1986 enferment les fonctions de dépositaire. Ceci est en outre conforme à l'un des motifs qui ont inspiré la rédaction de la présente directive, qui vise à faciliter le dialogue réservataire.

10) La Commission est consciente que la directive 3.3.3 ne prend pas position sur le délai dans lequel les États et organisations contractants doivent avoir pris position (ou être réputés ne pas avoir fait objection à ce que la réserve produise ses effets). On pourrait penser que le délai d'«usage» de douze mois, que, conformément aux dispositions de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne, la directive 2.6.13 impartit aux États pour faire objection à une réserve, serait approprié. Mais, juridiquement, la transposition ne s'impose pas: il est toujours loisible à l'ensemble des parties à un traité de modifier celui-ci par voie d'accord sans aucune condition de délai. D'un autre côté, laisser cette possibilité ouverte indéfiniment peut paraître mettre en péril la sécurité des relations conventionnelles. Face à ces considérations contradictoires, la Commission a souhaité laisser les choses ouvertes. Le silence de la présente directive sur ce point implique que les réactions des États contractants et des organisations contractantes doivent intervenir dans un délai raisonnable<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Voir M. H. Mendelson, «Reservations to the Constitutions of International Organizations», *British Year Book of International Law*, vol. 45, 1971, p. 140 et 141. La valeur probante de cet exemple est quelque peu diminuée par le fait que l'on appliquait alors le principe de l'unanimité; il reste qu'une réserve manifestement non valide a pu produire ses effets grâce à l'accord unanime des parties.

<sup>21</sup> La directive 2.3.1 (Formulation tardive d'une réserve) adoptée en première lecture se lit ainsi: «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.*».

<sup>22</sup> Voir le projet de directive 2.1.8 («Procédure en cas de réserves manifestement [illicites]») et son commentaire (A/57/10, note 383 *supra*). Sur l'ensemble de cette problématique, voir R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados – Formulación y ambigüedades del regimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, p. 223 à 230.

<sup>23</sup> Comme l'a souligné la CIJ dans le contexte des règles concernant la dénonciation des traités: «Les délais précis qui peuvent être nécessaires pour s'acquitter des obligations de consultation et de

11) Comme la directive 3.3.2<sup>24</sup>, la directive 3.3.3 a 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, la réserve dont il s'agit ici est devenue *valide* en raison de l'acceptation ou de l'absence d'opposition unanime.

#### 4.5 Conséquences d'une réserve non valide

1) 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 ou d'une autre organisation contractante dès lors qu'elle a été acceptée par lui ou par elle 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.

2) 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 s'agissait de déterminer non pas les effets d'une réserve qui ne respectait pas certaines conditions de validité – on ne se préoccupait guère de telles conditions dans ce système entièrement intersubjectif<sup>25</sup>, 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*»<sup>26</sup> (partie intégrante du marché conclu entre les parties).

3) Dans cette perspective, 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»<sup>27</sup>. 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

---

négociation et le préavis de dénonciation exact qui doit être donné varient forcément en fonction des nécessités de l'espèce. En principe, c'est donc aux parties qu'il appartient de déterminer dans chaque cas la durée de ces délais en procédant de bonne foi à des consultations et à des négociations. Ainsi que la Cour l'a noté, on peut trouver certaines indications à ce sujet dans les dispositions des accords de siège, y compris la section 37 de l'accord du 25 mars 1951, dans l'article 56 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et dans l'article correspondant du projet de la Commission du droit international sur les traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. Mais ce qui est raisonnable et équitable dans un cas donné dépend nécessairement des circonstances.» (avis consultatif du 20 décembre 1980, *Interprétation de l'Accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte*, Recueil. 1980, p. 96; voir aussi CIJ., arrêt du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, *Compétence et recevabilité*, Recueil 1984, p. 420, par. 63.

<sup>24</sup> Voir les paragraphes 6) et 7) du commentaire de la directive 3.3.2.

<sup>25</sup> Voir cependant le paragraphe 4) ci-dessous.

<sup>26</sup> 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<sup>e</sup> séance, 23 juin 1953, p. 90, par. 3 (J. L. Brierly).

<sup>27</sup> Projet d'article 10, par. 3, in Report on the Law of Treaties (A/CN.4/23), p. 52 (*Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 240).

assentiment.»<sup>28</sup>. 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.»<sup>29</sup>.

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.

4) Cependant, même J. L. Brierly, pourtant ferme partisan du système de l'unanimité, était conscient qu'il pouvait y avoir des réserves qui, 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*»<sup>30</sup>. Il en découle que les États n'étaient pas libres d'«accepter n'importe quelle clause spéciale sous forme de réserve»<sup>31</sup>, 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*.»<sup>32</sup>.

5) 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 traité<sup>33</sup>, 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*

<sup>28</sup> Projet d'article 9, in Report on the Law of Treaties (A/CN.4/63), p. 7 (*Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 91).

<sup>29</sup> *Journal officiel de la Société des Nations*, huitième année, n° 7, p. 880.

<sup>30</sup> 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 ajoutés). 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, de la Convention portant loi uniforme sur les chèques de 1931 et du Protocole de 1948 amendant la Convention internationale concernant les statistiques économiques signée à Genève le 14 décembre 1928.

<sup>31</sup> 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).

<sup>32</sup> Rapport sur le droit des traités (A/CN.4/101), *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 118.

<sup>33</sup> Premier rapport sur le droit des traités (A/CN.4/144), *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 74 et 75, par. 10) du commentaire sur le projet d'article 17. Voir aussi le commentaire de 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).



réerves, tout État est libre, en vertu de sa souveraineté, de formuler telles réserves qu'il juge bon»<sup>34</sup>. Pourtant, Sir Humphrey n'avait pas jugé opportun de préciser les effets que la formulation 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 pas<sup>35</sup>.

6) 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»<sup>36</sup>. 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 contractants<sup>37</sup>.

7) 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.»<sup>38</sup>

8) 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

<sup>34</sup> Premier rapport sur le droit des traités (A/CN.4/144), *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 74 et 75, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 74, par. 9) du commentaire sur le projet d'article 17 (italiques dans le texte). Voir aussi *ibid.*, p. 76, par. 15) du commentaire sur le projet d'article 18. Voir en outre les débats de la C.D.I., *Annuaire... 1962*, vol. I, 651<sup>e</sup> séance, 25 mai 1962, p. 160, par. 64 (Yasseen) et les conclusions du Rapporteur spécial, *ibid.*, 653<sup>e</sup> séance, 29 mai 1962, p. 178, par. 57 (Sir Humphrey Waldock).

<sup>35</sup> 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<sup>e</sup> 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 depositaire (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 658<sup>e</sup> séance, 6 juin 1962, p. 213, par. 59 (Sir Humphrey Waldock) et *ibid.*, 664<sup>e</sup> séance, 19 juin 1962, p. 261, par. 82 à 95).

<sup>36</sup> *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).

<sup>37</sup> Projet d'article 17, par. 1 b), *in* Premier rapport sur le droit des traités (A/CN.4/144), *Annuaire ... 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 ... 1965*, vol. II, p. 53. Sur la question du consentement unanime des États contractants et des organisations contractantes, voir ci-dessus la directive 3.3.3 et son commentaire, not. par. 3

<sup>38</sup> *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194.

consultatif de la Cour internationale de Justice<sup>39</sup> n'était prévu que pour le cas 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 formule<sup>40</sup> 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.

9) 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 20<sup>41</sup>. Une réserve qui n'est pas valide ne satisfait clairement pas à ces conditions cumulatives quand bien même elle aurait été acceptée par une ou plusieurs parties contractantes.

10) 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, une acceptation au moins serait nécessaire, conformément à l'alinéa c du paragraphe 4 de l'article 20<sup>42</sup>; or les effets de l'acceptation d'une réserve non valide ne sont pas régis par la Convention.

11) Les travaux de la Conférence de Vienne confirment clairement que la Convention de 1969 ne traite pas 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 «[d]ans 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

<sup>39</sup> 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 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.

<sup>40</sup> Quatrième rapport sur le droit des traités (A/CN.4/177 et Add.1 et 2), *Annuaire ... 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 ainsi: «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.»

<sup>41</sup> Voir ci-dessus la directive 4.1 (Établissement d'une réserve à l'égard d'un autre État ou d'une autre organisation) et son commentaire.

<sup>42</sup> Voir les paragraphes 2) et 3) du commentaire de la directive 4.3.2.

article 19]»<sup>43</sup>. Selon les 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»<sup>44</sup>.

12) 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 d'une réserve non valide ou l'objection à une telle réserve sont clairement exclues du champ d'application de cet amendement<sup>45</sup> 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»<sup>46</sup>. 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»<sup>47</sup>.

13) L'amendement «rédactionnel» des États-Unis fut renvoyé au Comité de rédaction<sup>48</sup>. Pourtant, ni le texte adopté provisoirement par le Comité et présenté à la Commission plénière, le 15 mai 1968<sup>49</sup>, ni le texte finalement adopté par la Commission plénière et renvoyé à la Conférence plénière<sup>50</sup> ne contiennent la formule proposée par les États-Unis

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> *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<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, 10 avril 1968, p. 118, par. 11.

<sup>45</sup> 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 claire.

<sup>46</sup> Document cité note 2 ci-dessus, 24<sup>e</sup> séance, 16 avril 1968, p. 144, par. 77.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 25<sup>e</sup> séance, 16 avril 1968, p. 144, par. 4. L'article 16 du projet d'articles est devenu l'article 19 de la Convention.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 147, par. 38.

<sup>49</sup> A/CONF.39/C.1/L.344, reproduit dans *Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), note 43, p. 149, par. 185.

<sup>50</sup> 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<sup>e</sup> séance de la Commission plénière, 10 avril 1969, p. 236, par. 33 et 34).

sans que sa non-adoption 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 des articles 20 et 21 de la Convention de Vienne ne s'appliquent pas à cette situation.

14) 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 de l'article 19 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»<sup>51</sup>. 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»<sup>52</sup>.

15) Dans ses observations sur l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, le Royaume-Uni a, au moins en principe<sup>53</sup>, 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*»<sup>54</sup>.

16) 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 valide<sup>55</sup>. Il s'agit là, sans aucun doute, de

---

Pour le texte de cette disposition, voir *Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 258, par. 57.

<sup>51</sup> Dixième rapport sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, *Annuaire ... 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.

<sup>52</sup> *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. I, 1434<sup>e</sup> séance, 6 juin 1977, p. 98, par. 4 (P. Reuter).

<sup>53</sup> Voir note 92. 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.

<sup>54</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (A/50/40), vol. I, p. 138, par. 13.

<sup>55</sup> En 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, p. 349 à 361); B. Simma, «Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments», *Liber amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in Honour of his 80<sup>th</sup> Birthday*, Kluwer, La Haye, 1998, p. 663;

l'une des lacunes les plus graves des Conventions de Vienne en la matière. On a parlé à cet égard de «vide normatif», et ce vide est d'autant plus préoccupant que les travaux préparatoires ne fournissent 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.

17) 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»<sup>56</sup>. Dès lors, conformément à la méthode de travail suivie par la Commission dans le cadre de l'élaboration du Guide de la pratique<sup>57</sup>, 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<sup>58</sup>.

18) Ce faisant, la Commission n'a pas entendu légiférer et 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 lui ont paru tout à fait susceptibles de guider ses travaux sur la question. 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.

19) Le titre de cette quatrième partie du Guide de la pratique, «Conséquences d'une réserve non valide», a été préféré à celui, initialement envisagé, «Effets d'une réserve non valide»<sup>59</sup>, car la principale conséquence de ces instruments est, précisément, qu'ils sont dépourvus d'effets.

20) Par ailleurs, il convient de noter que les réserves non valides dont les conséquences sont explicitées dans la présente partie du Guide de la pratique, le sont soit parce qu'elles ne

---

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.

<sup>56</sup> Premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, *Annuaire ... 1995*, vol. II, première partie, p. 166, par. 161.

<sup>57</sup> 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)).

<sup>58</sup> Voir *Annuaire ... 1998*, vol. II, deuxième partie, p. 96, par. 482.

<sup>59</sup> *Annuaire ... 1998*, vol. II, deuxième partie, p. 105, note 219.

remplissent pas les exigences de forme et de procédure précisées dans la deuxième partie, soit parce qu'elles sont entachées d'invalidité substantielle selon les dispositions de la troisième partie. L'usage des mots «validité/non-validité» et valide/non valide» est conforme à la définition large de l'expression «validité des réserves» adoptée par la Commission en 2006 de façon à «désigner l'opération intellectuelle consistant à déterminer si une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale et visant à exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation, est susceptible de produire les effets qui s'attachent en principe à la formulation d'une réserve»<sup>60</sup>.

#### 4.5.1 [4.5.1 et 4.5.2] 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 et, en conséquence, dépourvue de tout effet juridique.

#### Commentaire

1) En indiquant clairement qu'une réserve qui ne remplit pas les conditions de validité formelle et substantielle énoncées dans les deuxième et troisième parties du Guide de la pratique et en en tirant formellement la conséquence qu'elle ne produit dès lors aucun effet, la directive 4.5.1 entend combler l'une des lacunes les plus graves des Conventions de Vienne qui ont laissé, délibérément, cette question sans réponse<sup>61</sup> malgré la très grande importance pratique qu'elle revêt.

2) La présente directive, qui est probablement l'une des dispositions les plus importantes du Guide de la pratique, ne fait pas double emploi avec la directive 3.3.2 (Conséquences de la non-validité d'une réserve)<sup>62</sup>. En premier lieu, elle concerne la non-validité tant formelle que matérielle des réserves<sup>63</sup>; alors que la troisième partie, et notamment ses trois premières sections, sont uniquement relatives à la validité *substantielle* des réserves, 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 écrit<sup>64</sup>, qui n'a pas été notifiée aux autres parties intéressées<sup>65</sup> ou qui a été formulée tardivement<sup>66</sup> ne peut pas non plus, en principe, produire d'effets

<sup>60</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), p.341, par. 2) du commentaire de la partie introductive de la section 3 du Guide de la pratique.

<sup>61</sup> Voir *supra* le paragraphe 16) de l'introduction générale à la section 4.5 du Guide de la pratique.

<sup>62</sup> Voir *supra*, note 3.

<sup>63</sup> Voir *supra* le paragraphe 20) de l'introduction générale à la section 4.5 du Guide de la pratique. Cette large portée explique que la directive 4.5.1 figure dans la quatrième et non dans la troisième partie du Guide de la pratique (voir *a contrario*, les raisons de l'inclusion de la directive 3.3.2 dans la troisième partie, dans les paragraphes 5) à 7) du commentaire de celle-ci (voir aussi le paragraphe 11) du commentaire de la directive 3.3.3).

<sup>64</sup> Art. 23, par. 1, des Conventions de Vienne. Voir aussi la directive 2.1.1 (Forme écrite), *Annuaire ... 2002*, vol. II, deuxième partie, p. 28 à 30.

<sup>65</sup> Art. 23, par. 1, des Conventions de Vienne. Voir aussi la directive 2.1.5 (Communication des réserves), *ibid.*, p. 34 à 39.

<sup>66</sup> 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), *Annuaire ... 2001*, vol. II, deuxième partie, p. 198 à 205, et *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), p. 271 à 277 .

juridiques; elle est nulle de plein droit<sup>67</sup>. En second lieu, la directive 4.5.1 se situe «en aval» des directives 3.1 et 3.3.2, dont elle tire les conséquences: ces dernières établissent à quelles conditions une réserve n'est pas valide, la directive 4.5.1 déduit de cette non-validité que la réserve est nulle et ne produit pas d'effet juridique.

3) L'expression «de plein droit» a pour objet de rappeler que cette nullité ne dépend pas des réactions des autres États contractants ou organisations contractantes, ce que précisent de manière plus explicite les directives 3.3.2 et 4.5.3.

4) La nullité de la réserve et les conséquences ou 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 entraînent 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 non) ou à modifier (ou non) une situation juridique.

5) 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»<sup>68</sup>.

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

«Caractéristique d'un acte juridique, ou d'une disposition d'un acte, dépourvu de valeur juridique, en raison de l'absence des conditions de forme ou de fond nécessaires pour sa validité»<sup>69</sup>.

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.

6) 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 l'article 19 des Conventions de Vienne (dont le texte, dans sa version de 1986, est reproduit dans la directive 3.1) qui, pourtant, occupe une place tout à fait centrale dans le régime de Vienne et qui formule (*a contrario*) les conditions de validité substantielle des réserves non pas comme s'il s'agissait d'éléments dont les États et les organisations internationales devraient tenir compte, mais bien en des termes prescriptifs<sup>70</sup>. La position contraire implique que les États pourraient, en l'acceptant, valider une réserve qui ne remplit pas les critères de validité posés par la Convention de Vienne de 1969 ou par celle de 1986; ceci viderait

<sup>67</sup> Au surplus, la directive 4.5 est l'équivalent pour les réserves non valides de ce qu'est 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.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles 2001, p. 760 (nullité).

<sup>70</sup> «Un État [...] peut formuler une réserve, à moins [...].», ce qui signifie sans aucun doute *a contrario* qu'«un État NE PEUT PAS formuler une réserve SI [...]».

l'article 19 de toute substance et serait en contradiction avec les dispositions de la directive 3.3.2.

7) Il est donc raisonnable et conforme à la logique du régime de Vienne de consacrer cette solution sur laquelle s'accordent les tenants de la permissibilité et ceux de l'opposabilité<sup>71</sup>, également conforme aux positions prises par les organes de contrôle des traités de droits de l'homme<sup>72</sup>, 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. La nullité d'une réserve non valide ne relève nullement de la *lex ferenda*; elle est solidement établie dans la pratique étatique.

8) Il n'est pas rare que des États formulent 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».

9) Déjà en 1955 et 1957, lorsqu'ils ont ratifié les Conventions de Genève sur le droit humanitaire de la guerre, le Royaume-Uni et les États-Unis ont fait des objections aux réserves formulées par plusieurs États d'Europe de l'Est tout en précisant que, les réserves en question étant nulles, les Conventions s'appliquaient intégralement aux États réservataires. Ainsi, le Royaume-Uni a-t-il déclaré 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»<sup>73</sup>.

Pour sa part, en 1982,

«[I]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 de l'une des dispositions essentielles de ladite Convention, à savoir que "la valise diplomatique ne doit être ni ouverte ni retenue"»<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Même si ceux-ci n'en tirent pas toutes les conséquences. Sur l'opposition entre ces deux «écoles», voir le commentaire introductif de la troisième partie du Guide de la pratique (Validité des réserves et des déclarations interprétatives), par. 3) (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 342; voir aussi le Rapport préliminaire sur les réserves aux traités, A/CN.4/470, *Annuaire ... 1995*, p. 155 et 156, pars. 101 à 105.

<sup>72</sup> Voir le paragraphe 16) du commentaire de la directive 3.2 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, p. 302, ainsi que le commentaire des directives 3.2.1 (Compétence des organes de contrôle de l'application de traités en matière d'appréciation de la validité d'une réserve) et 3.2.2 (Détermination de la compétence des organes de contrôle de l'application de traités en matière d'appréciation de la validité des réserves), *ibid.*, p. 304 à 306.

<sup>73</sup> Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 278, 1957, p. 268. Voir également les objections similaires des États-Unis jointes aux quatre Conventions de Genève. Celle faite à la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre se lit ainsi: «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» (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, 1955, p. 383).

<sup>74</sup> *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne: <http://treaties.un.org/> (chap. III, 3).



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.»<sup>75</sup>.

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.»<sup>76</sup>.

Les Gouvernements finlandais et suédois ont également précisé dans leurs objections qu'ils «considère[nt] ces déclarations comme nulles et non avenues»<sup>77</sup>. Les réactions de la Suède à des réserves jugées non valides sont d'ailleurs fréquemment assorties de cette précision, que la réserve soit interdite par le traité<sup>78</sup>, qu'elle ait été formulée tardivement<sup>79</sup> ou qu'elle soit incompatible avec l'objet et le but du traité<sup>80</sup>. Dans cette dernière hypothèse, 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 dégradants<sup>81</sup> est particulièrement explicite:

«Le Gouvernement suédois en conclut que la déclaration faite par la République démocratique allemande est incompatible avec l'objet et le but de la

<sup>75</sup> Ibid. (chap. IV, 4)

<sup>76</sup> 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.»

<sup>77</sup> Ibid. (chap. XXVII, 3).

<sup>78</sup> Voir note 70 ci-dessus.

<sup>79</sup> 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.).

<sup>80</sup> 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)].

<sup>81</sup> La République démocratique allemande avait 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 mesure où elles résultent d'activités correspondant à la compétence que la République démocratique allemande reconnaît au Comité» (ibid., chap. IV, 9). Voir aussi le troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6), *Annuaire ...* 1998, vol. II, première partie, p. 262, par. 217.

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.»<sup>82</sup>.

10) 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)<sup>83</sup>.

11) 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 valide<sup>84</sup>. Ce n'est d'ailleurs pas l'objectif de ces objections et ce n'est pas ainsi qu'il convient de les comprendre.

12) 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 valide<sup>85</sup> et revêtent une importance capitale en vue du dialogue réservataire. Comme le représentant de la Suède au sein de la Sixième Commission l'a relevé en 2005:

«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 douze 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.»<sup>86</sup>.

13) Il est du reste fort significatif que, fréquemment, lorsqu'ils formulent des objections à des réserves qu'ils tiennent pour non valides, les États ne se préoccupent guère des conditions auxquelles l'efficacité de leurs objections est subordonnée. Ainsi, s'agissant de la Convention contre la torture, neuf États<sup>87</sup> ont formulé des objections à l'encontre de quatre réserves; or, parmi ces 18 objections, 12 étaient tardives, ce qui tend à montrer que leurs auteurs avaient la conviction que la nullité des réserves en question ne dépendait pas de leurs réactions négatives mais existaient avant qu'ils les formulent. En d'autres termes, ces objections *constatent* une nullité préexistante, tenant à des critères objectifs.

14) Le simple constat de la nullité de la réserve, effectué dans la première partie de la directive 4.5.1, ne résout cependant pas la question des effets – ou de l'absence d'effets – de cette nullité sur le traité et les relations conventionnelles qui sont susceptibles d'être établies entre l'auteur de la réserve et les autres parties contractantes; or les Conventions de

<sup>82</sup> Ibid. (chap. IV, 9).

<sup>83</sup> Voir aussi ci-dessus les paragraphes 1) à 3) du commentaire de la directive 3.3.2.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> A/C.6/60/SR.14, par. 22.

<sup>87</sup> Il s'agit de l'Allemagne, du Danemark, de l'Espagne, de la Finlande, de la France, du Luxembourg, de la Norvège, des Pays-Bas et de la Suède (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne: <http://treaties.un.org> (chap. IV, 9)).

Vienne ne donnent aucune indication quant à cette question<sup>88</sup>. 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.

15) 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'Est<sup>89</sup>. Mais le maintien en vigueur *du traité* laisse entière la question de savoir ce qu'il advient *de la réserve*.

16) L'objection de la Belgique aux réserves de la République arabe unie et du Cambodge à la Convention sur les relations diplomatiques permet de poser le problème. Le Gouvernement belge a 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»<sup>90</sup>,

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.*»<sup>91</sup>.

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.

17) La solution préconisée par l'objection belge, qui est assez isolée<sup>92</sup>, semble correspondre à ce qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne dans le cas d'une objection simple<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> Voir ci-dessus le commentaire de l'introduction à la partie 4.5, par. 1) à 13).

<sup>89</sup> Voir le commentaire de la directive 4.3.4 (Non-entrée en vigueur du traité entre l'auteur d'une réserve et l'auteur d'une objection à effet maximum), par. 7) à 13). Voir aussi le commentaire de 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).

<sup>90</sup> *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne: <http://treaties.un.org/> (chap. III, 3).

<sup>91</sup> Ibid. (italiques ajoutées).

<sup>92</sup> 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

18) Elle est 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 1986<sup>94</sup>. Sans doute, rien dans le 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'a pas été considérée comme relevant du projet d'article qui est à l'origine de cette disposition<sup>95</sup>.

---

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 96 ci-dessous).

<sup>93</sup> Voir le commentaire de la directive 4.3.5 (Effet d'une objection sur les relations conventionnelles).

<sup>94</sup> 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<sup>me</sup> Françoise Hampson, présenté conformément à la décision 2001/17 de la Sous-Commission (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2), par. 16.

<sup>95</sup> Voir ci-dessus, le commentaire introductif de la section 4.5, par. 5) à 13).

19) Comme le représentant de la Suède, parlant au nom des États nordiques, l'a 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.»<sup>96</sup>.

20) 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.

21) L'exemple, ancien, des objections des États-Unis et du Royaume-Uni à certaines réserves des États de l'Europe de l'Est aux Conventions de Genève de 1949 est parlant<sup>97</sup>.

22) Le Bélarus, la Bulgarie, la Russie et la Tchécoslovaquie ont également fait des objections à la «déclaration interprétative», qu'ils estiment être une réserve, des Philippines à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de Montego Bay tout en considérant que cette réserve est dépourvue de toute valeur ou de tout effet juridique<sup>98</sup>. 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 dégradants<sup>99</sup>. Cette déclaration a d'ailleurs été également critiquée par plusieurs autres 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»<sup>100</sup>. De même, le Portugal a considéré dans son objection aux réserves formulées par les Maldives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes:

«que ces réserves ne peuvent pas changer ou modifier à aucun égard les obligations découlant de la Convention pour tout État partie»<sup>101</sup>.

23) La pratique étatique est très développée – et fondamentalement homogène – et ne se limite pas à quelques États particuliers. Les objections récentes de la Finlande<sup>102</sup> ou de la

<sup>96</sup> 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»).

<sup>97</sup> Voir ci-dessus, par. 9) et 10) du présent commentaire.

<sup>98</sup> *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne: <http://treaties.un.org/> (chap. XXI, 6).

<sup>99</sup> Voir note 81 ci-dessus.

<sup>100</sup> *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne: <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 9).

<sup>101</sup> *Ibid.* (chap. IV, 8).

Suède<sup>103</sup>, et aussi celles d'autres États comme la Belgique<sup>104</sup>, l'Espagne<sup>105</sup>, les Pays-Bas<sup>106</sup>, la République tchèque<sup>107</sup> ou encore la Slovaquie<sup>108</sup>, voire même de certaines organisations internationales<sup>109</sup> sont bien souvent assorties du constat que la réserve non valide est

- <sup>102</sup> 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 l'expression 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).
- <sup>103</sup> Voir l'objection suédoise à la réserve des États-Unis formulée lors de leur acceptation du 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.»
- <sup>104</sup> 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).
- <sup>105</sup> 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).
- <sup>106</sup> 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).
- <sup>107</sup> 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).
- <sup>108</sup> 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 à 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.).
- <sup>109</sup> 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

dépourvue d'effet juridique. Et il est fort révélateur que, dans son principe, cette pratique des objections à effet «super-maximum»<sup>110</sup> ne suscite pas d'opposition de principe de la part des autres États contractants ou organisations contractantes – y compris des auteurs des réserves en cause.

24) 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 nullité<sup>111</sup>, 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. Le Comité a 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 réserve<sup>112</sup>. Il est significatif que, 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 position<sup>113</sup>.

25) Le Comité des droits de l'homme a ultérieurement confirmé et mis en œuvre cette conclusion de son Observation générale n° 24 à l'occasion de l'examen de la communication de *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*. Dans sa décision sur la recevabilité de la demande<sup>114</sup>, 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 capitale<sup>115</sup>. Le Comité, se basant sur la nature discriminatoire de la réserve, a considéré qu'elle «ne

---

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).

<sup>110</sup> Voir le commentaire de la directive 4.3.7, par. 1) à 4) et le huitième rapport sur les réserves aux traités (2003) (A/CN.4/535/Add.1), par. 96. Voir aussi B. Simma, *op. cit.* note 55, p. 667 et 668.

<sup>111</sup> Voir par. 5) du commentaire de la directive 4.5.1 ci-dessus.

<sup>112</sup> 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<sup>me</sup> 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<sup>me</sup> 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]). Le Comité des droits de l'homme mêle dans une formule unique la question de l'impossibilité pour la réserve incompatible de 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).

<sup>113</sup> 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).

<sup>114</sup> Communication n° 845/1999, décision du 2 novembre 1999 (CCPR/C/67/D/845/1999).

<sup>115</sup> 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 la Commission n'entend pas prendre position), ceci, en revanche, ne va pas de soi (voir par. 22) à 31) du commentaire de la directive 4.5.2 ci-dessus).

peut pas être déclarée compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif»<sup>116</sup>. 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»<sup>117</sup>.

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 établie<sup>118</sup>, ni celui d'une réserve valide qui a fait l'objet d'une objection<sup>119</sup>. Elle ne produit aucun effet.

26) La Cour interaméricaine des droits de l'homme a également estimé qu'une réserve non valide visant à limiter sa compétence 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»*<sup>120</sup>.

[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.]

27) La Cour européenne des droits de l'homme a suivi la même approche dans son principe dans les affaires *Belilos c. Suisse*<sup>121</sup>, *Weber c. Suisse*<sup>122</sup> et *Loizidou c. Turquie*<sup>123</sup>. Dans les trois affaires, la Cour, après avoir constaté la non-validité des réserves suisses 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.

28) Eu égard à cette large acceptation, la Commission estime que le principe même de l'absence de tout effet juridique d'une réserve non valide relève du droit positif. Il est énoncé dans la seconde partie de la directive 4.5.1.

29) Selon un point de vue demeuré isolé au sein de la Commission, ce principe serait exprimé de manière trop rigide: la nullité des réserves non valides et leur absence d'effets ne se vérifieraient que si la question de la validité était – et pouvait être – soumise à un tiers impartial doté du pouvoir de décider. En l'absence d'un tel mécanisme, ce serait à chaque État qu'il conviendrait de décider pour lui-même et la nullité de la réserve ne serait avérée que vis-à-vis des États qui la considèrent comme nulle. Il est évidemment exact (et inhérent

<sup>116</sup> Ibid., par. 6.7.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Voir les directives de la section 4.2 du Guide de la pratique.

<sup>119</sup> Voir les directives de la section 4.3 du Guide de la pratique.

<sup>120</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2001, *Hilaire c. Trinité-et-Tobago, exceptions préliminaires*, série C, n° 80, par. 98. Voir aussi l'arrêt du même jour, *Benjamin et al. c. Trinité-et-Tobago, exceptions préliminaires*, série C, n° 81, par. 89. Dans ce dernier arrêt, 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.

<sup>121</sup> *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, par. 60, série A, n° 132.

<sup>122</sup> *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, par. 36 à 38, série A, n° 177.

<sup>123</sup> *Loizidou c. Turquie*, 23 mars 1995, par. 89 à 98, série A, n° 310.



au système juridique international) qu'aussi longtemps qu'un tiers impartial ayant l'autorité de décider ne s'est pas prononcé, la question de la validité de la réserve demeure ouverte (d'où, d'ailleurs, l'intérêt du dialogue réservataire). Mais la Commission a estimé que l'on ne saurait consacrer le relativisme généralisé qui résulte inévitablement de cette position: il ne faut pas confondre le fond du droit applicable (que s'efforce d'énoncer le Guide de la pratique) et la solution des différends que suscite sa mise en œuvre. Une réserve *est* valide ou pas, indépendamment des positions individuelles que peuvent prendre les États ou les organisations internationales à cet égard et, dès lors, sa nullité n'est pas une question subjective ou relative mais elle peut et doit être déterminée objectivement – sans que cela vide de substance ni d'intérêt les réactions des autres parties – mais ceci est l'objet des directives de la section 4.3 du Guide de la pratique.

#### 4.5.2[4.5.3] Statut de l'auteur d'une réserve valide à l'égard du traité

Lorsqu'une réserve non valide a été formulée, l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve est considéré État contractant ou organisation contractante ou, le cas échéant, partie au traité sans le bénéfice de la réserve, sauf si l'intention contraire de celui-ci ou de celle-ci est établie.

L'intention de l'auteur de la réserve doit être établie en prenant en considération tous les facteurs qui peuvent être pertinents à cette fin, notamment:

- Les termes de la réserve;
- Les déclarations faites par l'auteur de la réserve lors de la négociation, de la signature ou de la ratification du traité, ou d'une autre modalité d'expression du consentement à être lié par le traité;
- Le comportement ultérieur de l'auteur de la réserve;
- Les réactions des autres États contractants et organisations contractantes;
- La ou les dispositions sur lesquelles porte la réserve; et
- L'objet et le but du traité.

#### Commentaire

1) La directive 4.5.1 ne résout 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'existe<sup>124</sup>. La directive 4.5.2 pose le principe d'une solution moyenne entre ces deux positions apparemment irréconciliables, qui repose sur la présomption (simple – «réfragable») selon laquelle l'auteur de la réserve est lié par le traité sans pouvoir se réclamer du bénéfice de celle-ci, à moins qu'il ait exprimé l'intention contraire.

<sup>124</sup> D.W. Greig, op. cit. note 6, p. 52; R. Goodman, «Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent», *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 531.

2) La première thèse concevable, celle de 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 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.

3) Cette manière de voir se trouve confirmée par la pratique, suivie notamment par les États nordiques<sup>125</sup>, de ce que l'on est convenu d'appeler objections à effet (ou à visée) «supermaximum»<sup>126</sup>, 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»<sup>127</sup>.

4) Ces objections auxquelles les États nordiques – qui ne sont cependant pas à l'origine de cette pratique<sup>128</sup> – 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'Autriche<sup>129</sup>, la République tchèque<sup>130</sup>, et les Pays-Bas<sup>131</sup> 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.

5) 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

<sup>125</sup> Sur cette pratique, voir notamment J. Klabbers, op. cit. note 84, p. 183 à 186.

<sup>126</sup> Voir note 110 ci-dessus.

<sup>127</sup> *Traité 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.).

<sup>128</sup> 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 (*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 8); voir aussi, par exemple, l'objection britannique aux réserves de certains pays de l'Est aux Conventions de la Croix-Rouge de 1949 (*supra* note 73) ou celle de l'URSS à la réserve saoudienne à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (*supra* note 74).

<sup>129</sup> *Traité 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).

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> 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».

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. De ces objections, pas moins de cinq contiennent des formulations qui visent à produire ce qu'on est convenu d'appeler un effet «supermaximum»<sup>132</sup>. De même, l'Autriche, l'Espagne, l'Estonie, la Lettonie, la Norvège, la République tchèque, la Roumanie et la Slovaquie ont 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 réserve<sup>133</sup>. 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 réaction<sup>134</sup> et dont les objections précitées s'inspirent très largement.

6) 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.

7) Dans son arrêt de principe, *Belilos c. Suisse*<sup>135</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme en sa formation plénière n'a pas seulement requalifié la déclaration interprétative formulée par le Gouvernement suisse, elle a également dû décider si la réserve (faussement

<sup>132</sup> 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.»).

<sup>133</sup> *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne: <http://treaties.un.org/> (chap. IV, 8).

<sup>134</sup> Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R (99) 13, 18 mai 1999.

<sup>135</sup> Requête n° 10328/83, arrêt du 29 avril 1988, série A, n° 132.

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 64<sup>136</sup> de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 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»<sup>137</sup>.

Dans son arrêt *Weber c. Suisse*<sup>138</sup>, 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, paragraphe 1 (art. 6-1) (...) empêcherait de toute manière M. Weber de se prévaloir du non-respect du principe de publicité devant les juridictions cantonales»<sup>139</sup>. 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'y 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) “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»<sup>140</sup>.

Contrairement à ce qu'elle a fait dans l'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, paragraphe 1 (art. 6-1)»<sup>141</sup>. Sans le dire expressément, 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 celle-ci: le paragraphe 1 de l'article 6 lui est opposable en tant que tel.

8) Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*<sup>142</sup>, une chambre de la Cour de Strasbourg a saisi l'occasion de compléter et clarifier sensiblement cette 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 en ce qui concerne une «réserve» à la déclaration facultative par laquelle la Turquie 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

<sup>136</sup> Aujourd'hui art. 57.

<sup>137</sup> Requête n° 10328/83, arrêt du 29 avril 1988, série A, n° 132, par. 60.

<sup>138</sup> Requête n° 11034/84, arrêt du 22 mai 1990, série A, n° 177.

<sup>139</sup> Ibid., par. 36.

<sup>140</sup> Ibid., par. 38.

<sup>141</sup> Ibid., par. 40.

<sup>142</sup> Requête n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, série A, n° 310.

continué leur raisonnement en examinant «si, par voie de conséquence, la validité des acceptations elles-mêmes peut être remise en cause»<sup>143</sup>. 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), elle a précisé que la Suisse demeurerait 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° 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 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], 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] de la Convention.

<sup>143</sup> Ibid., par. 89.

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] 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] de la Convention renferment des acceptations valides de la compétence de la Commission et de la Cour.»<sup>144</sup>.

9) Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*<sup>145</sup>, la Cour de San José a également noté que, eu égard à l'objet et au but de la Convention interaméricaine, 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 obligatoire<sup>146</sup>.

10) Par la communication individuelle introduite par Rawle Kennedy contre la Trinité-et-Tobago, le Comité des droits de l'homme a été saisi d'un problème 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.»<sup>147</sup>. Autrement dit, la Trinité-et-Tobago reste liée par le Protocole sans qu'elle puisse bénéficier de la réserve qu'elle a formulée.

11) 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 déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte<sup>148</sup>, 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.»<sup>149</sup>.

12) Il convient au demeurant de noter 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.

13) En sens contraire, dans ses observations sur l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, la France a 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

<sup>144</sup> Ibid., par. 93 à 98.

<sup>145</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2001, série C, n° 80.

<sup>146</sup> Ibid., par. 98.

<sup>147</sup> Communication n° 845/1999, CCPR/C/67/D/845/1999, 2 novembre 1999, par. 6.7. Voir aussi le paragraphe 25) du commentaire de la directive 4.5.1 ci-dessus.

<sup>148</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, annexe V, p. 122 à 129.

<sup>149</sup> Ibid., p. 127 et 128, par. 18.

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»<sup>150</sup>.

14) Ce point de vue, qui reflète la réponse opposée 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 avait répondu dans le même sens à la question I posée par l'Assemblée générale:

«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*»<sup>151</sup>.

15) 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.

16) 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:

«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.»<sup>152</sup>.

17) Rien cependant ne justifie de faire une distinction entre les réserves interdites par le traité et les réserves non valides pour d'autres raisons<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> 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.

<sup>151</sup> *C.I.J. Recueil 1951*, p. 29 (italiques ajoutés).

<sup>152</sup> *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.

<sup>153</sup> 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).

18) La pratique étatique, sans être complètement inexistante, est encore moins cohérente à ce point de vue. 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»<sup>154</sup>,

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 déclaration<sup>155</sup>.

19) Le Gouvernement de la République de Chine, qui avait ratifié la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en 1951<sup>156</sup>, 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

<sup>154</sup> *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, en ligne: <http://treaties.un.org/> (chap. XVIII, 7). L'objection faite par le Royaume-Uni se lit ainsi: «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.).

<sup>155</sup> L'objection de la République fédérale se lit ainsi: «Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne est d'avis que la réserve formulée par le Gouvernement de la République du Burundi 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 de la France 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.).

<sup>156</sup> 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 taiwanaises au nom de la République de Chine est illégale et dénuée de tout effet» (ibid., chap. IV, 1).



28 mai 1951, il ne considérera pas les États énumérés ci-dessus comme étant parties à la Convention»<sup>157</sup>.

En dépit du nombre important de réserves du même type, seul le Gouvernement des Pays-Bas formula une objection comparable en 1966<sup>158</sup>.

20) 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. Étonnée 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 de telles objections en attendent 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.»<sup>159</sup>.

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 États<sup>160</sup> ont soutenu que cette pratique est «paradoxe» 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»<sup>161</sup>. 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»<sup>162</sup>. 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

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> L'objection néerlandaise se lit ainsi: «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.).

<sup>159</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 29.

<sup>160</sup> Voir note 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).

<sup>161</sup> A/C.6/60/SR.14, par. 72 (France).

<sup>162</sup> Ibid.

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.»<sup>163</sup>.

21) 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.»<sup>164</sup>.

22) 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, selon la Commission, la clef de la solution réside 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 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?

23) S'agissant du 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.»<sup>165</sup>.

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.

24) Dans son arrêt dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne des droits de l'homme a, du reste, prêté 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»<sup>166</sup>. 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.

25) 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,

<sup>163</sup> 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).

<sup>164</sup> 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»).

<sup>165</sup> *Interhandel, exceptions préliminaires, opinion dissidente de Sir Hersch Lauterpacht, C.I.J. Recueil 1959*, p. 117.

<sup>166</sup> Arrêt précité, note ci-dessus.

art. 46) de la Convention ne devaient pas être reconnues valides globalement, il y aurait lieu de tenir les déclarations [d'acceptation de la compétence de la Cour] pour nulles et non avenues dans leur intégralité<sup>167</sup> – 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»<sup>168</sup>.

26) L'«approche de Strasbourg»<sup>169</sup> 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 valide<sup>170</sup>. À cette fin, la Cour ne s'est cependant pas uniquement fondée sur les déclarations expresses de l'État en cause – comme c'était par exemple le cas dans l'affaire *Belilos*<sup>171</sup> – mais a également procédé à un «rétablissement» de la volonté de l'État. Comme on l'a écrit, «[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»<sup>172</sup> [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]. 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.

27) 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

<sup>167</sup> Voir note ci-dessus, par. 90.

<sup>168</sup> Ibid., par. 95.

<sup>169</sup> B. Simma, *op. cit.* note 55 ci-dessus, p. 670.

<sup>170</sup> Voir aussi la note 96 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 abbia inteso vincolarsi in base al trattato anche nel caso in cui la riserva fosse considerata inammissibile e quindi senza il beneficio della riserva» (*op. cit.* note 55 ci-dessus, p. 358 [Une solution alternative consistant à reconstruire 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]).

<sup>171</sup> 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; 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 générale de droit international public*, vol. 93, 1989, n° 2, p. 272 à 314; 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.

<sup>172</sup> 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.

«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.»<sup>173</sup>.

28) 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 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.»<sup>174</sup>.*

[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 dotés de mécanismes de contrôle spécifiques, sont appliqués comme une garantie collective, incarnent essentiellement des obligations objectives et ont un caractère spécial qui les distingue d'autres traités.]

29) La position exprimée par le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 24 est plus catégorique encore<sup>175</sup>. 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»<sup>176</sup> 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-dessus<sup>177</sup>, 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».

<sup>173</sup> Note 123 ci-dessus, par. 93.

<sup>174</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2001, série C, n° 80, par. 93 et 94.

<sup>175</sup> Dans son document de travail élargi, M<sup>me</sup> 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] (note 94 ci-dessus, par. 59).

<sup>176</sup> Voir note 113 ci-dessus.

<sup>177</sup> Voir par. 11 du présent commentaire, ci-dessus

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.

30) Quoiqu'il en soit, la position des organes de droits de l'homme a été sensiblement nuancée ces dernières années. Ainsi, 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, 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.»<sup>178</sup>.

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.»*<sup>179</sup>.

Selon la recommandation n° 7, de 2006, 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'homme<sup>180</sup> entérinée par la sixième réunion intercomités<sup>181</sup> en 2007:

«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).

31) 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 de la Commission, 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.

32) L'expression «l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve *est considéré* État contractant ou organisation contractante...» a été préférée par la Commission à celle, initialement proposée par le Rapporteur spécial qui prévoyait que «le traité

<sup>178</sup> 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.

<sup>179</sup> HRI/MC/2006/5, par. 16 – italiques ajoutées.

<sup>180</sup> Voir HRI/MC/2007/5.

<sup>181</sup> 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).

s'applique à l'État ou à l'organisation internationale auteur de la réserve nonobstant la réserve»<sup>182</sup>, afin de bien marquer qu'il s'agit d'une présomption simple, n'ayant pas le caractère irrefragable d'une norme. Les mots «sauf si» ont la même fonction.

33) 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.

34) 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, peut sembler tenir mieux compte, en apparence, 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»<sup>183</sup>. 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 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»<sup>184</sup>. 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.

35) La présomption inverse, positive, a cependant plusieurs avantages qui – en dehors de toute considération d'opportunité – plaident en sa faveur bien que, sans aucun doute, il ne s'agisse pas d'une règle posée dans les Conventions de Vienne<sup>185</sup> ni de droit international coutumier<sup>186</sup>, 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.

36) 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

<sup>182</sup> Quinzième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/624/Add.1), directive 4.5.3, p. 38.

<sup>183</sup> *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.

<sup>184</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, p. 138, par. 14.

<sup>185</sup> Comme cela a été rappelé dans l'introduction à la section 4.5 du Guide de la pratique, les Conventions de Vienne ne traitent pas de la question des réserves non valides. Voir ci-dessus les paragraphes 1 à 18 du commentaire général de la section 4.5.

<sup>186</sup> 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.

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<sup>187</sup>.

37) 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 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'homme<sup>188</sup>, «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»<sup>189</sup>. 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»<sup>190</sup>. Cet objectif est plus facilement réalisable si l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve est considéré comme partie au traité.

38) Présumer l'entrée en vigueur du traité constitue par ailleurs un gage donné à la sécurité juridique. Cette présomption (qui n'est 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.

39) Ces considérations ont conduit la Commission à 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 traité<sup>191</sup>; il s'applique dans son intégralité.

40) L'expression «sauf si l'intention contraire [de l'auteur de la réserve] est établie» qui figure à la fin du premier paragraphe de la directive 4.5.2, reflète cette présomption positive retenue par la Commission sous réserve de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale réservataire. Si cette intention peut être établie, la présomption tombe<sup>192</sup>.

<sup>187</sup> «Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent», *American Journal of International Law*, vol. 96, 2002, p. 537.

<sup>188</sup> *Annuaire ... 1997*, vol. II, deuxième partie p. 57 et 58, par. 157.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 58, par. 157 (point 10).

<sup>190</sup> HRI/MC/2005/5, par. 42.

<sup>191</sup> Voir les paragraphes 14 à 27 du commentaire de la directive 4.5.1 ci-dessus.

<sup>192</sup> En anglais, le mot «*identified*» a été préféré à «*established*» qui a semblé trop rigide à certains membres anglophones de la Commission. En outre, «*established*» paraît refléter un degré de clarté que les éléments non limitatifs énumérés dans le paragraphe 2 ne garantissent pas.

41) Il a été proposé d'accorder un poids encore plus important à la volonté de l'auteur de la réserve en ajoutant à la directive 4.5.2 une recommandation selon laquelle il conviendrait d'assouplir les conditions de retrait du traité dans l'hypothèse où une réserve est déclarée non valide. Bien que cette proposition ait paru séduisante à certains membres de la Commission, celle-ci l'a écartée. S'il est exact que les Conventions de Vienne n'indiquent pas les règles à suivre face à des réserves non valides, elles énoncent en revanche des normes précises en matière de retrait des traités et une telle recommandation (qui ne pourrait se fonder sur aucun précédent) sortirait du cadre du «droit des réserves» et serait impossible à concilier avec la rédaction des articles 42, paragraphes 2, 54 et 56 des Conventions de Vienne.

42) 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»<sup>193</sup>. 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 connaissance de cause, ratifié le traité sans la réserve ou si, au contraire, il s'en serait abstenu. Plusieurs paramètres interviennent.

43) 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<sup>194</sup>. 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 de 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 prudence<sup>195</sup>.

44) Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a fait dans son arrêt *Belilos*<sup>196</sup>, 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 on l'a souligné à l'égard des réserves faites par les États-Unis au Pacte de 1966:

*«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*

<sup>193</sup> Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session, *Annuaire ... 1997*, vol. II, deuxième partie, p. 49, par. 83.

<sup>194</sup> Directive 2.1.9 (Motivation): «Une réserve devrait autant que possible indiquer les motifs pour lesquels elle est faite.»; pour le commentaire de cette directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10 (A/63/10)*, p. 200 à 204.

<sup>195</sup> Voir en ce sens, *Loizidou c. Turquie*, requête n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, série A, n° 310, par. 95.

<sup>196</sup> Voir les paragraphes 24) à 26) ci-dessus.



*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.»<sup>197</sup>.*

[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<sup>er</sup> juin 1977 sans réserve].

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.

45) 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 Convention<sup>198</sup>, 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] – 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.»<sup>199</sup>.

46) Indépendamment du texte même de la réserve et de sa motivation et de ces éléments circonstanciels et contextuels, 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, la Cour de Strasbourg et celle de San José ont porté une grande attention à la «nature

<sup>197</sup> W. A. Schabas, op. cit. note 172, p. 322 (notes de bas de page omises).

<sup>198</sup> Requête n° 15318/89, arrêt du 23 mars 1995, série A, n° 310, par. 18 à 24.

<sup>199</sup> Ibid., par. 95.

particulière» du traité en cause<sup>200</sup>; 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 aux fins de l'application des règles relatives aux réserves<sup>201</sup> et qui ne sont pas les seuls à établir des «valeurs communes supérieures».

47) La combinaison de ces critères – et d'autres en tant que de besoin – 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. Le caractère non exhaustif de cette énumération apparaît doublement dans le chapeau du paragraphe 2 de la directive 4.5.2 à travers les expressions: «tous les facteurs qui peuvent être pertinents» et «notamment». Pour leur part, les mots «à cette fin» attirent l'attention sur le fait que seuls les facteurs pertinents pour établir l'intention de l'auteur de la réserve doivent être pris en considération.

48) L'ordre dans lequel les différents facteurs sont ainsi énumérés reflète l'ordre logique de leur prise en considération mais n'a pas de signification particulière quant à leur poids respectif; leur importance relative dépend des circonstances propres à chaque situation. Ceux qui apparaissent sous les quatre premiers tirets concernent directement la réserve et l'attitude des États ou des organisations internationales concernés à son égard; les deux derniers, d'une nature plus générale, sont relatifs à l'objet de la réserve.

49) Ceci étant dit, selon la Commission, l'institution d'une telle présomption ne doit pas constituer une approbation de ce qu'on convient aujourd'hui d'appeler les 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 retenue par la directive 4.5.2 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 effet. «*No State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable.*»<sup>202</sup> [Aucun État ne peut être tenu par des obligations contractuelles qu'il ne juge pas appropriées.], ni l'État objectant, ni l'État

<sup>200</sup> Voir par. 27) ci-dessus.

<sup>201</sup> Voir le deuxième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/477 et Add.1), *Annuaire ... 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 ... 1997*, vol. II, deuxième partie, p. 57 et 58, par. 157. C'est pour cette raison que, malgré un point de vue contraire, la Commission n'a pas mentionné expressément la nature du traité en cause parmi les éléments à prendre en considération pour établir l'intention de l'auteur de la réserve énumérés dans le second paragraphe de la directive 4.5.2 – d'autant plus que l'on a fait remarquer que ce critère n'est pas facile à distinguer de celui de l'objet et du but du traité.

<sup>202</sup> 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 ... 1996*, vol. II, première partie, p. 60, par. 97 et 99 et D. Müller, «Article 20 (1969)», dans O. Corten et P. Klein (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 809 à 811, par. 20 à 24.

réservataire, étant entendu cependant que ces considérations ne peuvent pas signifier que cette pratique est dépourvue de toute signification<sup>203</sup>.

50) Volontairement, la directive 4.5.2 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-même<sup>204</sup>. 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 traités en général<sup>205</sup> et ne relèvent pas spécifiquement des règles relatives aux réserves.

#### 4.5.3 [4.5.4] Réactions à une réserve non valide

La nullité d'une réserve non valide ne dépend pas de l'objection ou de l'acceptation d'un État contractant ou d'une organisation contractante.

Néanmoins, un État ou une organisation internationale qui considère que cette réserve n'est pas valide devrait, s'il ou elle l'estime approprié, y formuler une objection motivée en ce sens dans les meilleurs délais.

#### Commentaire

1) Le paragraphe 1 de la directive 4.5.3 constitue essentiellement le rappel, qui a semblé opportun, dans la quatrième partie du Guide de la pratique, d'un principe fondamental clairement impliqué dans plusieurs directives antérieures: celui selon lequel la nullité d'une réserve non valide tient à la réserve elle-même et non aux réactions qu'elle peut susciter. Le paragraphe 2, pour sa part, s'analyse en une recommandation adressée aux États et aux organisations internationales de ne pas, pour autant, renoncer à objecter à une telle réserve en précisant les motifs pour lesquels celle-ci ne leur paraît pas valide.

2) Le paragraphe 1 de la directive 4.5.3 s'inscrit dans la droite ligne des directives 3.1 (qui reprend le texte de l'article 19 des Conventions de Vienne), 3.3.2<sup>206</sup> et 4.5.1<sup>207</sup>. Il constitue une illustration de ce que signifie l'expression «de plein droit» dans cette dernière en rappelant que la nullité d'une réserve qui n'est pas valide repose sur des facteurs objectifs et ne dépend pas des réactions des États contractants ou organisations contractantes autres que l'auteur de la réserve, c'est-à-dire, comme l'indique expressément ce paragraphe 1, de leurs acceptations ou de leurs objections.

<sup>203</sup> Voir les paragraphes 20) à 28) du commentaire de la directive 4.5.1 ci-dessous.

<sup>204</sup> Le paragraphe 1 de l'article 24 de la Convention 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.»

<sup>205</sup> Voir les paragraphes 2 et 3 de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969. Ces dispositions 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.»

<sup>206</sup> «L'acceptation d'une réserve non valide par un État contractant ou par une organisation contractante n'a pas pour effet de remédier à la nullité de la réserve.»

<sup>207</sup> «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 et, en conséquence, dépourvue de tout effet juridique.»

3) 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 bilatérales<sup>208</sup>.

4) La jurisprudence récente de la Cour internationale de Justice n'est pas un modèle de cohérence sur ce point<sup>209</sup>. En 1999, la Cour s'est en effet bornée à considérer dans ses ordonnances concernant les demandes de mesures conservatoires introduites par la Yougoslavie contre l'Espagne et les États-Unis

«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»<sup>210</sup>.

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 la Cour avait adoptée en 1951 mais qui est aujourd'hui dépassée par la Convention de Vienne avec laquelle elle n'est pas compatible<sup>211</sup>:

«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.»<sup>212</sup>.

<sup>208</sup> 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).

<sup>209</sup> Voir l'opinion individuelle commune de M<sup>me</sup> 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.

<sup>210</sup> 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.

<sup>211</sup> Voir les paragraphes 2) à 9) du commentaire de la directive 2.6.3.

<sup>212</sup> 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.

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»<sup>213</sup>.

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.»<sup>214</sup>.

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»<sup>215</sup>. 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 cependant 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.»<sup>216</sup>.

5) 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»<sup>217</sup>.

<sup>213</sup> 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.

<sup>214</sup> 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.

<sup>215</sup> Opinion individuelle commune préc. note 209, p. 70, par. 20.

<sup>216</sup> 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.

<sup>217</sup> *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

6) 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 turque<sup>218</sup>. Le Comité des 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.»<sup>219</sup>.

7) 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 traité<sup>220</sup>, 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.»<sup>221</sup>.

8) Comme cela est établi ci-dessus<sup>222</sup>, les Conventions de Vienne ne contiennent aucune règle au sujet des effets des réserves qui ne satisfont pas aux conditions de 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'objection<sup>223</sup>. 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.

9) De l'avis de la Commission, ce n'est cependant pas une raison suffisante pour ne pas considérer ces réactions comme de véritables objections. Une réaction négative de ce type 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

---

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.)).

<sup>218</sup> Voir le paragraphe 95 de l'arrêt de la Cour européenne et le paragraphe 8) du commentaire de la directive 4.5.2, ci-dessus.

<sup>219</sup> *Document officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, p. 127, par. 17.

<sup>220</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 29.

<sup>221</sup> A/C.6/60/SR.14, p. 5, par. 22.

<sup>222</sup> Voir les paragraphes 1) à 18) du commentaire général de la section 4.5.

<sup>223</sup> Voir les paragraphes 2) à 5) du commentaire de la directive 4.3.

à exclure l'application du traité dans son ensemble, dans ses relations avec l'auteur de la réserve»<sup>224</sup>. 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.

10) 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 de première importance pour amorcer le dialogue réservataire et pour alerter les organes de traités et les juridictions internationales ou internes lorsqu'ils sont appelés, le cas échéant, à 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.

11) 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 que 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 des autres, l'absence de mécanisme de constatation objective demeure la norme, son existence l'exception<sup>225</sup>. 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 réserves<sup>226</sup>.

12) 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 un souci de stabilité des relations conventionnelles, de les y encourager – en les incitant à exposer, dans la mesure du possible, les raisons d'une telle prise de position<sup>227</sup>. C'est la raison pour laquelle la directive 4.5.3 ne se borne pas à énoncer le principe selon lequel une objection à une réserve qui n'est pas valide ne produit, en tant que telle, aucun effet, mais encore, s'emploie à dissiper toute conclusion hâtive quant à la futilité des objections, qui pourrait être tirée de l'énoncé de ce principe.

13) 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. Il reste que ceci relève de leur seul pouvoir d'appréciation. C'est pourquoi le paragraphe 2 de la directive 4.5.3 se présente

<sup>224</sup> 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.

<sup>225</sup> 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.»

<sup>226</sup> 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.

<sup>227</sup> Voir la 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).

comme une simple recommandation adressée aux États et aux organisations internationales dont le caractère purement optionnel ressort de l'utilisation du conditionnel («devrait») et de l'expression «s'il ou elle l'estime approprié».

14) De plus, même si cela est préférable, il n'est pas indispensable<sup>228</sup> que ces objections soient formulées dans le délai de douze mois – ou de tout autre délai prescrit par le traité<sup>229</sup>. 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):

«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.»<sup>230</sup>

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

15) 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. C'est pour cela que le paragraphe 2 de la directive 4.5.3 appelle les États et organisations à formuler une éventuelle objection motivée «dans les meilleurs délais».

<sup>228</sup> 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.

<sup>229</sup> 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.

<sup>230</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), p. 238, par. 3) du commentaire.