

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/624 et Add.1 et 2

Quinzième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, Rapporteur spécial

[Original: français]
[31 mars, 26 mai et 31 mai 2010]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport.....	3
Ouvrages cités dans le présent rapport.....	5
<i>Chapitres</i>	
I. LES EFFETS DES RÉSERVES ET DES DÉCLARATIONS INTERPRÉTATIVES (<i>suite</i>).....	7
	<i>Paragraphes</i>
A. Les effets des réserves, des acceptations et des objections (<i>suite</i>).....	1-236 7
1. Les réserves valides (<i>suite</i>).....	1-95 7
<i>a)</i> Les effets d'une objection à une réserve valide.....	1-79 7
<i>i)</i> L'entrée en vigueur du traité.....	7-29 7
<i>ii)</i> Le contenu des relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection.....	30-79 11
<i>b)</i> L'effet d'une réserve valide sur les normes extraconventionnelles.....	80-95 20
2. Les réserves non valides.....	96-224 22
<i>a)</i> Les réserves non valides et les Conventions de Vienne.....	96-112 22
<i>b)</i> La nullité d'une réserve non valide et ses conséquences.....	113-192 26
<i>i)</i> La nullité de la réserve non valide.....	113-129 26
<i>ii)</i> Les effets de la nullité de la réserve non valide.....	130-144 29
<i>iii)</i> Les effets de la nullité de la réserve sur le consentement de son auteur à être lié par le traité.....	145-192 32
<i>c)</i> Les réactions à une réserve non valide.....	193-224 41
<i>i)</i> L'acceptation d'une réserve non valide.....	195-210 41
<i>ii)</i> L'objection à une réserve non valide.....	211-224 43
3. L'absence d'effet d'une réserve sur les relations conventionnelles entre les autres parties contractantes.....	225-236 46
B. Les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications.....	237-283 48

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

Pacte de la Société des Nations (Versailles, 28 juin 1919)

H. Triepel, *Nouveau Recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du Grand Recueil de G. Fr. de Martens*, troisième série, vol. XI, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, p. 331.

Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Pacte Briand-Kellogg) [Paris, 27 août 1928]

Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 94, n° 2137, p. 57.

Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 7 juin 1930)

Ibid., vol. 143, n° 3313, p. 257.

Sources

Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 19 mars 1931)	Ibid., n° 3316, p. 355.
Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota) [Bogota, 30 avril 1948]	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 30, n° 449, p. 55.
Protocole modifiant la Convention internationale concernant les statistiques économiques, signée à Genève le 14 décembre 1928 (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 20, n° 318, p. 229.
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Paris, 9 décembre 1948)	Ibid., vol. 78, n° 1021, p. 277.
Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux (New York, 28 avril 1949)	Ibid., vol. 71, n° 912, p. 101.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Ibid., vol. 75, nos 970 à 973, p. 31 et suiv.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne	Ibid., n° 970, p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer	Ibid., n° 971, p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre	Ibid., n° 972, p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre	Ibid., n° 973, p. 287.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, n° 2889, p. 221.
Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Strasbourg, 22 novembre 1984)	Ibid., vol. 1525, n° 2889, p. 195.
Convention douanière relative à l'importation temporaire des véhicules routiers privés (New York, 4 juin 1954)	Ibid., vol. 282, n° 4101, p. 249.
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 499, n° 7302, p. 311.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Ibid., vol. 500, n° 7310, p. 95.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Ibid., vol. 660, n° 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid.
Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort (New York, 15 décembre 1989)	Ibid., vol. 1642, n° 14668, p. 414.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, n° 14531, p. 3.
Accord international de 1968 sur le sucre (Genève, 24 octobre 1968)	Ibid., vol. 654, n° 9369, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Ibid., vol. 1155, n° 18232, p. 331.
Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention sur les missions spéciales (New York, 8 décembre 1969)	Ibid., vol. 1400, n° 23431, p. 231.
Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973)	Ibid., vol. 1035, n° 15410, p. 167.
Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR (Convention TIR) [Genève, 14 novembre 1975]	Ibid., vol. 1079, n° 16510, p. 89.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, n° 20378, p. 13.
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 (avec Protocoles) [Genève, 10 octobre 1980]	Ibid., vol. 1342, n° 22495, p. 137.

Sources

Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des armes incendiaires (Protocole III), (Genève, 10 octobre 1980)	Ibid., p. 182.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, n° 31363, p. 3.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	A/CONF.129/15.
Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1582, n° 27627, p. 95.
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)	Ibid., vol. 1673, n° 28911, p. 57.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Ibid., vol. 1577, n° 27531, p. 3.
Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Strasbourg, 5 novembre 1992)	Ibid., vol. 2044, n° 35358, p. 575.
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Ibid., vol. 2349, n° 42146, p. 41.
Convention relative aux droits des personnes handicapées (New York, 13 décembre 2006)	Ibid., vol. 2515, n° 44910, p. 3.

Ouvrages cités dans le présent rapport

- ABI-SAAB, Georges
 «“Interprétation” et “auto-interprétation” : quelques réflexions sur leur rôle dans la formation et la résolution du différend international», *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin, Springer, 1995, p. 9 à 19.
- BARATTA, Roberto
Gli effetti delle riserve ai trattati, Milan, Giuffrè, 1999.
 «Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded?», *European Journal of International Law*, vol. 11, n° 2 (2000), p. 413 à 425.
- BOURGUIGNON, Henry J.
 «The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties», *Virginia Journal of International Law*, vol. 29, n° 2 (1989), p. 347 à 386.
- BOWETT, Derek William
 «Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence», *The British Year Book of International Law* 1957, vol. 33, p. 176 à 202.
 «Reservations to non-restricted multilateral treaties», *The British Year Book of International Law 1976-1977*, vol. 48, p. 67 à 92.
- CAMERON, Iain et Frank HORN
 «Reservations to the European Convention on Human Rights: the *Belilos* case», *German Yearbook of International Law*, vol. 33 (1990), p. 69 à 129.
- CLARK, Belinda
 «The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination Against Women», *AJIL*, vol. 85 (1991), p. 281 à 321.
- COCCIA, Massimo
 «Reservations to multilateral treaties on human rights», *California Western International Law Journal*, vol. 15, n° 1 (1985), p. 1 à 51.
- COHEN-JONATHAN, Gérard
 «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)», *RGDIP*, vol. 93 (1989), p. 273 à 315.
- CRAWFORD, James et Alain PELLET
 «Aspects des modes continentaux et anglo-saxons de plaidoiries devant la C.I.J.», *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leyde et Boston, Nijhoff, 2008, p. 831 à 867.
- DAILLIER, Patrick, Mathias FORTEAU et Alain PELLET
Droit international public (Nguyen Quoc Dinh), 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009.
- EDWARDS, Richard W., Jr.
 «Reservations to treaties», *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n° 2 (1989), p. 362 à 405.
- GAJA, Giorgio
 «Unruly treaty reservations», *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 307 à 330.
 «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Naples, Editoriale Scientifica, 2008, vol. I, p. 349 à 361.
- GOODMAN, Ryan
 «Human rights treaties, invalid reservations, and State consent», *AJIL*, vol. 96, n° 3 (juillet 2002), p. 531 à 560.
- GREIG, D. W.
 «Reservations: equity as a balancing factor?», *The Australian Year Book of International Law*, vol. 16 (1995), p. 21 à 172.
- GUGGENHEIM, Paul
 «La validité et la nullité des actes juridiques internationaux», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1949-I*, vol. 74 (1949), p. 191 à 268.
- HERDEGEN, Matthias
 «Interpretation in international law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.
- HEYMANN, Monika
Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

- HORN, Frank
Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1988.
- IMBERT, Pierre-Henri
 «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», *AFDI*, vol. 24 (1978), p. 29 à 58.
Les réserves aux traités multilatéraux. Évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951, Paris, Pedone, 1978.
- JENNINGS, Robert et Arthur WATTS (dir. publ.)
Oppenheim's International Law, vol. I, *Peace*, 9^e éd., Harlow, Longman, 1992.
- KLABBERS, Jan
 «Accepting the unacceptable? A new Nordic approach to reservations to multilateral treaties», *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), p. 179 à 193.
- KOH, Jean Kyongun
 «Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», *Harvard International Law Journal*, vol. 23 (1982), p. 71 à 116.
- KOLB, Robert
Interprétation et création du droit international, Bruxelles, Bruylant, 2006.
- MARKS, Susan
 «Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 2^e partie (avril 1990), p. 300 à 327.
- MCRAE, Donald M.
 «The legal effect of interpretative declarations», *The British Year Book of International Law 1978*, vol. 49 (1979), p. 155 à 173.
- MENDELSON, Maurice H.
 «Reservations to the constitutions of international organizations», *The British Year Book of International Law 1971*, vol. 45, p. 137 à 171.
- MÜLLER, Daniel
 «Convention de Vienne de 1969: Article 20», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 797 à 875.
 «Convention de Vienne de 1969: Article 21», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 883 à 929.
- PELLET, Alain
 «Convention de Vienne de 1969: Article 19», dans O. Corten et P. Klein (dir. publ.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 641 à 788.
- REDGWELL, Catherine
 «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», *The British Year Book of International Law 1993*, vol. 64, p. 245 à 282.
- REUTER, Paul
Introduction au droit des traités, 3^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1995.
- RIQUELME CORTADO, Rosa
Las reservas a los tratados. Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena, Murcie, Université de Murcie, 2004.
- RUDA, José María
 «Reservations to treaties», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1975-III*, vol. 146 (1975), p. 95 à 218.
- SALMON, Jean (dir. publ.)
Dictionnaire de droit international public, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- SAPIENZA, Rosario
Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali, Milan, Giuffrè, 1996.
 «Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités», *RGDIP*, vol. 103 (1999), p. 601 à 629.
- SCHABAS, William A.
 «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, n^o 2 (1995), p. 277 à 325.
- SCHERMERS, H. G.
 «The suitability of reservations to multilateral treaties», *Netherlands International Law Review*, vol. 6 (1959), p. 350 à 361.
- SIMMA, Bruno
 «Reservations to human rights treaties: some recent developments», dans G. Hafner *et al.* (dir. publ.), *Liber Amicorum: Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday*, La Haye, Kluwer, 1998, p. 659 à 682.
- SINCLAIR, Ian
The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2^e éd., Manchester, Manchester University Press, 1984.
- SUCHARIPA-BEHRMANN, Lilly
 «The legal effects of reservations to multilateral treaties», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 1 (1996), p. 67 à 88.
- SZAFARZ, Renata
 «Reservations to multilateral treaties», *Annuaire polonais de droit international*, vol. 3 (1970), p. 293 à 316.
- TEBOUL, Gérard
 «Remarques sur les réserves aux conventions de codification», *RGDIP*, vol. 86 (1982), p. 679 à 717.
- TOMUSCHAT, Christian
 «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties», *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, p. 463 à 482.
 «International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century – General course on public international law», *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 281 (1999), p. 9 à 438.
- VATTEL, Emer (de)
Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains, vol. I, Washington, Carnegie Institution, 1916.
- VOICU, Ioan
De l'interprétation authentique des traités internationaux, Paris, Pedone, 1968.
- WEIL, Prosper
 «Vers une normativité relative en droit international?», *RGDIP*, vol. 86 (1982), p. 5 à 47.
- ZEMANEK, Karl
 «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», dans J. Makarczyk (dir. publ.), *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, p. 323 à 336.

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

A. Les effets des réserves, des acceptations et des objections (*suite*)

1. LES RÉSERVES VALIDES (*suite*)

a) *Les effets d'une objection à une réserve valide*

1. Contrairement à l'acceptation d'une réserve valide, l'objection à une réserve peut produire des effets assez divers entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection. Le choix est laissé, dans une large mesure (mais pas à bien plaisir), à ce dernier, qui peut moduler les effets juridiques possibles du couple réserve/objection. Ainsi, il peut décider, conformément au paragraphe 4 *b* de l'article 20 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Convention de Vienne de 1969) et à celui de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Convention de Vienne de 1986), que le traité n'entrera pas en vigueur entre lui-même et l'auteur de la réserve en exprimant «nettement» (la version anglaise précise *definitely*) cette intention. Mais l'auteur de l'objection peut également «choisir» de ne pas s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'auteur de la réserve, ou, plus exactement, s'abstenir d'exprimer l'intention contraire. Dans ce dernier cas, et si le traité entre effectivement en vigueur pour les deux parties¹, les relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection sont modifiées conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Les effets concrets d'une objection à une réserve valide sur l'existence même d'une relation conventionnelle ou sur leur contenu peuvent donc être multiples et varier vis-à-vis d'un même traité.

2. La fonction principale de chaque objection et son effet de base restent cependant très simples. Contrairement à l'acceptation, l'objection constitue le refus de la réserve par son auteur. Comme la Cour internationale de Justice l'a clairement affirmé dans son avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, «aucun État ne peut être lié par une réserve à laquelle il n'a pas consenti²». Tel est l'effet fondamental du principe même du consensualisme sur lequel repose tout le droit des traités et, tout particulièrement, le régime des réserves: le traité est un instrument consensuel par excellence, tirant sa force de la *volonté* des États. Les réserves sont «consubstantielles» au consentement d'un État à être lié par le traité³.

3. L'objection s'analyse donc, avant tout, comme le refus de l'État objectant de consentir à la réserve, et elle empêche, à ce titre, l'établissement de la réserve, à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale auteur de

l'objection, au sens du paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et du projet de directive 4.1⁴. Comme la Commission l'a souligné dans son commentaire à la directive 2.6.1 (Définition des objections aux réserves), «[l]e refus d'accepter une réserve [est] très exactement l'objet même d'une objection dans le sens plein et habituel du mot⁵».

4. Contrairement à l'acceptation, l'objection rend donc la réserve inopposable à l'égard de son auteur. Cet effet ne peut évidemment se produire que si la réserve n'a pas déjà été acceptée par l'auteur de l'objection (expressément ou tacitement). L'une exclut l'autre et définitivement, en ce qui concerne en tout cas les effets de l'acceptation. La directive 2.8.12 (Caractère définitif de l'acceptation d'une réserve) précise à cet égard: «L'acceptation d'une réserve ne peut être ni retirée ni modifiée⁶».

5. Afin de mettre en exergue cette fonction, à la fois primaire et fondamentale, de l'objection, le projet de directive 4.3, qui ouvre la section du Guide de la pratique concernant les effets d'une objection à une réserve valide, pourrait réaffirmer d'une part que l'acceptation d'une réserve est irréversible et d'autre part qu'une objection rend la réserve inopposable à l'État objectant:

«4.3 Effet d'une objection à une réserve valide

«La formulation d'une objection à une réserve valide rend la réserve inopposable à l'État ou à l'organisation internationale auteur de l'objection, à moins que la réserve ait été établie à l'égard de cet État ou de cette organisation internationale.»

6. La non-opposabilité de la réserve à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale auteur de l'objection est cependant loin de résoudre toute la question de l'effet d'une objection. La non-opposabilité peut avoir plusieurs effets différents tant en ce qui concerne l'entrée en vigueur du traité que, une fois le traité entré en vigueur pour l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection, en ce qui concerne le contenu même de la relation conventionnelle ainsi établie.

i) *L'entrée en vigueur du traité*

a. La présomption d'entrée en vigueur du traité entre l'État réservataire et l'État objectant

7. Il ressort du paragraphe 4 *b* de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986 – qui, mis à part la référence à une organisation internationale contractante, est en tout point comparable à la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969 – que l'objection à une réserve a, en principe, pour conséquence que le traité entre en vigueur entre l'État objectant et l'État réservataire:

¹ Sur la question de savoir quand le traité entre en vigueur pour l'auteur de la réserve, voir le projet de directive 4.2.1 (Qualité de l'auteur de la réserve établie) [*Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 250] et les paragraphes 7 à 29 *infra*.

² Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 26.

³ Voir par exemple *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 49, par. 83.

⁴ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 199 à 206.

⁵ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 79, paragraphe 13 du commentaire relatif à la directive 2.6.1.

⁶ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 95.

L'objection faite à une réserve par un autre État contractant ou par une organisation contractante n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'État ou l'organisation internationale qui a formulé l'objection et l'État ou l'organisation auteur de la réserve [...].

Une telle objection dite « simple » ou à effet « minimum »⁷, si elle n'a pas pour effet immédiat l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre les deux États⁸ – comme c'est le cas de l'acceptation –, ne s'y oppose pas.

8. Il ne s'agit cependant que d'une présomption qui peut être renversée par l'auteur de l'objection. Le paragraphe 4 b de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986 continue en effet de la manière suivante : « à moins que l'intention contraire n'ait été nettement exprimée par l'État ou par l'organisation qui a formulé l'objection ». L'auteur de l'objection peut donc également opter pour l'absence de toute relation conventionnelle avec l'auteur de la réserve à condition de le faire « nettement ».

9. Le système établi par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 correspond à la solution retenue par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, selon laquelle « chaque État qui fait objection à une réserve [...] peut ou non considérer l'État qui a formulé la réserve comme partie à la Convention »⁹.

10. Le sens de la présomption ne laisse pas de surprendre. Traditionnellement, dans la droite ligne du consensualisme, l'objection avait pour effet immédiat que l'État réservataire ne pouvait pas prétendre au statut d'État partie au traité¹⁰ – ce que l'on a coutume de qualifier d'effet « maximum » de l'objection. Cette solution s'imposait dans le système de l'unanimité dans lequel même une seule objection compromettrait le consentement unanime des autres États contractants ; aucune dérogation n'était possible. L'État réservataire devait forcément retirer ou modifier sa réserve pour pouvoir devenir partie au traité. Cette règle était tellement évidente que les premiers rapporteurs spéciaux de la Commission, qui s'en tenaient au système de l'unanimité, ne l'ont même pas formulée dans leurs projets successifs.

11. La « révolution » introduite par le système « souple » auquel Sir Humphrey Waldock s'était rallié¹¹ ne l'avait cependant pas conduit à renoncer au principe traditionnel selon lequel l'objection « empêche le traité d'entrer en vigueur »¹². Le Rapporteur spécial n'en admettait pas

⁷ *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/535 et Add.1, par. 95. Voir aussi Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados*, p. 279 et 280 ; et Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 170 à 172.

⁸ Dès lors que le traité est lui-même en vigueur ou le devient du fait de l'adhésion de l'État auteur de l'acceptation [voir les projets de directives 4.2.1 à 4.2.3 et *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 239 à 252].

⁹ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2).

¹⁰ Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 155 et 260.

¹¹ Pellet, « Convention de Vienne de 1969 : Article 19 », p. 664 à 668, par. 44 à 55.

¹² Voir le paragraphe 4 c du projet d'article 19, présenté par Sir Humphrey Waldock en 1962 dans son premier rapport sur le droit des traités (*Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 71). Cette solution est d'ailleurs souvent présentée comme la seule qu'impose le bon sens. Voir par exemple Reuter, *Introduction au droit des traités*, p. 76, par. 134.

moins une différence importante par rapport au système traditionnel puisqu'il considérait que l'objection avait seulement un effet relatif : au lieu d'empêcher l'État réservataire de devenir partie au traité, elle n'était appelée à jouer que dans les relations entre l'État réservataire et l'État objectant¹³.

12. Toutefois, afin de rapprocher le projet de la solution retenue dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*¹⁴ et à la suite des critiques et des doutes exprimés par d'assez nombreux membres de la Commission¹⁵, la solution radicale proposée par Sir Humphrey Waldock a été abandonnée en faveur d'une simple présomption en faveur de l'effet maximum, avec, pour option seulement, l'effet minimum. Ainsi, le paragraphe 2 b du projet d'article 20, adopté en première lecture, disposait ceci :

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 objection¹⁶.

13. Lors de la discussion du projet à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, la Tchécoslovaquie et la Roumanie ont cependant plaidé pour un renversement de la présomption afin de rendre la règle « davantage de nature à élargir les rapports conventionnels entre les États et [afin d']empêcher une solution de continuité peu souhaitable dans les liens juridiques entre États »¹⁷. Toutefois, malgré les interventions favorables de certains membres de la Commission du droit international lors de l'examen en seconde lecture du projet¹⁸, cette position n'a pas été reprise dans le projet final de la Commission.

14. La question resurgira cependant lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Les propositions de la Tchécoslovaquie¹⁹, de la République arabe syrienne²⁰ et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques²¹ visaient à renverser la présomption retenue par la Commission. Bien que présenté comme anodin par certaines délégations²², ce renversement de la présomption

¹³ Sur ce point, voir aussi les commentaires de la Commission relatifs au paragraphe 2 b du projet d'article 20 (*Annuaire... 1962*, vol. II, p. 200, par. 23).

¹⁴ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2).

¹⁵ Voir notamment MM. Tounkine (*Annuaire... 1962*, vol. I, 653^e séance, p. 174 et 175, par. 26, et 654^e séance, p. 181, par. 11), Rosenne (*ibid.*, 653^e séance, p. 175, par. 30), Jiménez de Aréchaga (*ibid.*, p. 177, par. 48), Luna (*ibid.*, p. 179, par. 66), Yasseen (*ibid.*, 654^e séance, p. 180, par. 6). Le Rapporteur spécial se montrait également favorable à l'introduction de la présomption (*ibid.*, p. 181, par. 17, et p. 182, par. 20).

¹⁶ *Ibid.*, vol. II, p. 194 et p. 200, par. 23.

¹⁷ Voir le résumé des observations tchécoslovaque et roumaine dans *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 51.

¹⁸ Voir les interventions de MM. Tounkine (*Annuaire... 1965*, vol. I, 799^e séance, p. 183, par. 39) et Lachs (*ibid.*, 813^e séance, p. 292, par. 62).

¹⁹ A/CONF.39/C.1/L.85, *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, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 147.

²⁰ A/CONF.39/C.1/L.94, *ibid.*

²¹ A/CONF.39/C.1/L.115, *ibid.*, p. 144.

²² La République arabe unie considérait, par exemple, que ces amendements posaient une question de pure forme, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première*

constituait un bouleversement considérable de la logique même du mécanisme de l'acceptation et de l'objection²³. C'est pour cette raison que le principe du renversement de la présomption avait été rejeté en 1968²⁴. Cependant, lors de la deuxième session de la Conférence, l'Union des Républiques socialistes soviétiques a de nouveau présenté un amendement longuement argumenté dans ce sens²⁵ en insistant sur le droit souverain de chaque État de formuler une réserve et en s'appuyant sur l'avis de la Cour internationale de Justice de 1951²⁶. Cet amendement a finalement été adopté²⁷ et la présomption du paragraphe 4 b de l'article 20 de la Convention s'en est trouvée inversée par rapport à celle proposée par la Commission.

15. Les difficultés que la Conférence a rencontrées pour accepter l'amendement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques montrent clairement que le renversement de la présomption est loin d'être aussi anodin que Sir Humphrey Waldock, expert-conseil lors de la Conférence, l'avait affirmé. Le problème n'est en effet nullement limité à «formuler la règle dans un sens ou dans l'autre²⁸» : cette nouvelle formule est, en particulier, à l'origine des doutes souvent exprimés au sujet de la fonction de l'objection et des différences réelles existant entre l'acceptation et l'objection²⁹.

16. Néanmoins, la présomption n'a jamais été remise en question depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969. Lors de l'élaboration de la Convention de Vienne de 1986, la Commission l'a purement et simplement transposée. Dans le cadre des travaux concernant les réserves aux traités, il ne paraît alors ni possible ni réellement nécessaire de défaire le compromis trouvé *in extremis* lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités – aussi singulier soit-il. Selon la présomption qui fait actuellement partie du

droit international positif, la règle reste que l'objection n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité, l'exception consistant en l'absence de toute relation conventionnelle entre l'auteur de l'objection et celui de la réserve.

- b. L'effet d'une objection à effet maximum : l'exclusion des relations conventionnelles entre l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve

17. Le paragraphe 4 b de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne laisse aucun doute sur l'effet que produit une objection assortie de l'intention nettement exprimée de ne pas appliquer le traité entre l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve conformément à la directive 2.6.8 (Expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité)³⁰. Dans ce cas, l'objection produit son «effet maximum».

18. Cette règle fait l'objet du projet de directive 4.3.4, qui reprend, pour l'essentiel, les termes du paragraphe 4 b de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986 :

«4.3.4 *Non-entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur d'une objection à effet maximum*

«L'objection faite à une réserve valide par un État contractant ou par une organisation contractante n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'État ou l'organisation internationale qui a formulé l'objection et l'État ou l'organisation auteur de la réserve, à moins que l'intention contraire n'ait été nettement exprimée par l'État ou par l'organisation qui a formulé l'objection[, conformément à la directive 2.6.8].»

19. L'expression entre crochets a pour objet de renvoyer à une directive très liée à celle-ci. Toutefois, cette précision pourrait peut-être ne figurer que dans le texte du commentaire.

20. Comme la Commission l'a constaté dans le commentaire de la directive 2.6.8, les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne précisent aucunement à quel moment l'intention de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité doit être formulée par l'auteur de l'objection³¹. La Commission a cependant estimé que, conformément à la présomption établie par le paragraphe 4 b de l'article 20 des Conventions de Vienne, une objection qui n'est pas accompagnée par l'expression claire de cette intention a pour conséquence de ne pas empêcher l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve et, dans certains cas, l'entrée en vigueur du traité lui-même. Cet effet juridique ne peut plus être remis en question par la formulation ultérieure de l'intention contraire. Cette idée a été d'ores et déjà exprimée dans la directive 2.6.8, qui précise que l'intention de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité doit avoir été exprimée «avant que le traité entre autrement en vigueur entre

session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 24^e séance, p. 138, par. 24.

²³ Voir l'intervention de la Suède à ce sujet, qui soulignait que «la formule de la Commission du droit international peut présenter l'avantage de dissuader les États de formuler des réserves» (ibid., 22^e séance, p. 128, par. 35). La Pologne exprimait son soutien aux amendements justement parce qu'ils tendaient à favoriser la formulation des réserves et l'établissement d'un lien conventionnel (ibid., par. 44), ce qui pour l'Argentine «serait aller trop loin dans l'application du critère de la souplesse» (ibid., 24^e séance, p. 141, par. 43).

²⁴ Ibid., 25^e séance, p. 147, par. 35 et suiv.

²⁵ A/CONF.39/L.3, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 19], p. 285 et 286.

²⁶ Notamment sur la réponse à la deuxième question par laquelle la Cour affirmait que l'État ayant formulé une objection «peut, en fait, considérer l'État qui a formulé cette réserve comme n'étant pas partie à la Convention» [*Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2), p. 29 et 30].

²⁷ Par 49 voix contre 21, avec 30 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, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.6), 10^e séance plénière, p. 37, par. 79.

²⁸ Ibid., 10^e séance plénière, p. 36, par. 74. Voir aussi Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 156 et 157.

²⁹ Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 172 et 173.

³⁰ Cette directive est libellée ainsi: «Lorsqu'un État ou une organisation internationale qui fait objection à une réserve entend empêcher le traité d'entrer en vigueur entre lui-même et l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve, il doit en avoir exprimé nettement l'intention avant que le traité entre autrement en vigueur entre eux» [*Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 81].

³¹ Ibid., p. 214, p. 94, paragraphe 4 du commentaire relatif à la directive 2.6.8.

[l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve]³²». Toutefois, cette directive concerne la *procédure de formulation* de l'intention requise et non ses effets; il semble utile de rappeler ce principe dans la partie du Guide de la pratique concernant l'effet juridique d'une objection à effet maximum. Néanmoins, le projet de directive 4.3.4 utilise l'expression «n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur», ce qui implique que le traité n'est pas en vigueur entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection lorsque celle-ci est formulée.

21. Concrètement, la non-entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection a pour conséquence qu'aucune relation conventionnelle n'existe entre eux même si, comme c'est souvent le cas, l'un et l'autre peuvent être considérés comme étant des parties contractantes au traité au sens des Conventions de Vienne. Le simple fait qu'une partie refuse la réserve et ne veuille pas être liée par les dispositions du traité dans ses relations avec l'auteur de la réserve n'implique pas nécessairement que ce dernier ne puisse pas devenir partie contractante conformément au projet de directive 4.2.1. Il suffit en effet, dans le cadre du régime général, qu'un autre État ou une autre organisation internationale accepte la réserve expressément ou tacitement pour que l'auteur de la réserve soit considéré comme une partie contractante au traité. L'absence de relation conventionnelle entre l'auteur de l'objection à effet maximum et l'auteur de la réserve ne produit, a priori, d'effet qu'entre eux³³.

c. L'effet des autres objections sur l'entrée en vigueur du traité

22. En absence de l'expression nette de l'intention contraire, une objection – que l'on peut qualifier de «simple» – à une réserve valide n'entraîne cependant pas *ipso facto* l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection, comme c'est le cas pour les acceptations. Cela constitue d'ailleurs l'une des différences fondamentales entre l'objection et l'acceptation qui, avec d'autres considérations, établit que l'objection n'est pas «l'équivalent de l'acceptation» comme cela a été et est souvent soutenu³⁴. Conformément aux termes du paragraphe 4 b de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986, repris dans le projet de directive 4.3.4, une telle objection «n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'État ou l'organisation internationale qui a formulé

l'objection et l'État ou l'organisation auteur de la réserve». Mais, si une telle objection *n'empêche pas* l'entrée en vigueur du traité, elle reste neutre sur la question de savoir si l'auteur de la réserve devient partie contractante au traité ou non et n'a pas nécessairement pour conséquence que le traité entre en vigueur entre l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve.

23. Cet effet – ou plutôt cette absence d'effet – de l'objection simple sur l'établissement et l'existence d'une relation conventionnelle entre son auteur et l'auteur de la réserve découle directement du libellé du paragraphe 4 b de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, comme les États le rappellent parfois lorsqu'ils formulent une objection. L'objection faite par les Pays-Bas à la réserve formulée par les États-Unis d'Amérique au Pacte international relatif aux droits civils et politiques constitue un exemple particulièrement parlant :

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*³⁵ à l'entrée en vigueur du Pacte entre le Royaume des Pays-Bas et les États-Unis³⁵.

Les Pays-Bas ont, ici, jugé utile de rappeler que leur objection ne constitue pas un «obstacle» à l'entrée en vigueur du traité vis-à-vis des États-Unis et que, si le traité entre en vigueur, leur relation conventionnelle devra être déterminée conformément au paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969.

24. Cet effet – ou absence d'effet – d'une objection simple sur l'entrée en vigueur du traité pourrait être énoncé dans le projet de directive 4.3.1, qui, en dehors de quelques ajustements de pure forme, reprend fidèlement les termes du paragraphe 4 b de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1986 :

«4.3.1 Effet de l'objection sur l'entrée en vigueur du traité entre son auteur et l'auteur de la réserve

«L'objection faite à une réserve valide par un État contractant ou par une organisation contractante n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'État ou l'organisation internationale qui a formulé l'objection et l'État ou l'organisation auteur de la réserve, exception faite du cas prévu par la directive 4.3.4.»

25. Pour que le traité entre effectivement en vigueur entre l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve, il faut et il suffit que le traité soit entré en vigueur et que l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection en soient des parties contractantes. Autrement dit, la réserve doit être établie, par l'acceptation d'un autre État ou d'une autre organisation internationale, au sens du projet de directive 4.2.1. Mis à part l'hypothèse envisagée dans le projet de directive 4.3.2, l'entrée en vigueur effective du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur d'une objection à cette réserve ne dépend donc aucunement de l'objection elle-même, mais de l'établissement de la réserve; cet établissement échappe complètement à l'auteur de l'objection.

³² Voir *supra* la note 30 et *ibid.*, p. 94, paragraphe 5 du commentaire relatif à la directive 2.6.8.

³³ La Cour internationale de Justice a reconnu en 1951 qu'«[u]ne telle décision n'aura normalement d'effet que dans les rapports entre l'État qui a fait la réserve et celui qui y a fait objection» [*Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2), p. 26]. Voir cependant *infra* le paragraphe 27.

³⁴ Voir les propos de M. Yasseen (*Annuaire... 1965*, vol. I, 814^e séance, p. 295, par. 5) et les doutes exprimés par M. Tsuruoka (*ibid.*, 800^e séance, p. 191, par. 40); Koh, «Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», p. 102; Coccia, «Reservations to multilateral treaties on human rights», p. 35; Gaja, «Unruly treaty reservations», p. 326 à 329; Klabbbers, «Accepting the unacceptable? A new Nordic approach to reservations to multilateral treaties», p. 181; Ruda, «Reservations to treaties», p. 198 et 199; Sucharipa-Behrmann, «The legal effects of reservations to multilateral treaties», p. 74; Zemanek, «Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», p. 332 et 333. Voir également le premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités [*Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/470], p. 159, par. 123.

³⁵ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. État au 1^{er} avril 2009* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.09.V.3), ST/LEG/SER.E/26 (une version en ligne régulièrement actualisée est disponible à l'adresse suivante: https://treaties.un.org/Pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_fr), chap. IV.4.

26. Concrètement, un traité qui est soumis au régime général du consentement tel qu'établi par le paragraphe 4 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'entre en vigueur pour l'État ou l'organisation internationale réservataire que si la réserve a été acceptée par au moins une autre partie contractante (conformément au paragraphe 4 c de l'article 20 des Conventions de Vienne). Ce n'est que si la réserve est ainsi établie qu'une relation conventionnelle peut se nouer entre l'auteur de la réserve et l'auteur d'une objection simple. Cette relation conventionnelle est cependant soumise aux restrictions du paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne³⁶. Le projet de directive 4.3.2 se propose d'explicitier le moment où le traité est effectivement en vigueur entre l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve :

«**4.3.2** *Entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection*

«Le traité entre en vigueur entre l'auteur de la réserve et l'État contractant ou l'organisation contractante qui a fait l'objection dès lors que le traité est entré en vigueur et que l'auteur de la réserve est devenu partie contractante conformément à la directive 4.2.1.»

27. La situation est cependant différente dans les cas où, pour une raison ou une autre, seule l'acceptation unanime des parties contractantes peut «établir» la réserve, comme c'est par exemple le cas des traités à participation restreinte³⁷. Dans ce cas, toute objection – simple ou qualifiée – a des effets bien plus importants sur la question de l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre toutes les parties contractantes, d'une part, et l'auteur de la réserve, d'autre part. L'objection proscrit en effet l'établissement de la réserve en tant que tel. Même si le paragraphe 4 b de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 était applicable à ce cas concret – ce qui est loin d'être certain si l'on se réfère au chapeau de ce paragraphe³⁸ –, la réserve ne pourrait être établie et, en conséquence, l'auteur de la réserve ne pourrait jamais devenir partie contractante. L'objection – simple ou qualifiée – constitue dans ce cas un obstacle insurmontable et pour l'auteur de la réserve et pour toutes les parties contractantes pour l'établissement de relations conventionnelles avec l'auteur de la réserve. Seul le retrait de la réserve ou de l'objection est susceptible de débloquer cette situation.

28. Bien que cette solution ressorte déjà des projets de directives 4.1.2 et 4.2.1, il n'est pas inutile de rappeler cet effet important d'une objection à une réserve dont l'acceptation unanime est requise :

«**4.3.3** *Non-entrée en vigueur du traité pour l'auteur de la réserve lorsque l'acceptation unanime est nécessaire*

«Si l'acceptation unanime est nécessaire pour l'établissement de la réserve, l'objection faite à une réserve valide par un État contractant ou par une organisation

contractante empêche le traité d'entrer en vigueur pour l'État ou pour l'organisation auteur de la réserve.»

29. On peut du reste envisager qu'un État ou une organisation membre d'une organisation internationale formule une objection à l'encontre d'une réserve formulée par un autre État ou une autre organisation internationale à l'acte constitutif de l'organisation. Une telle objection, indépendamment de son contenu, est cependant dépourvue de tout effet juridique. La Commission a d'ores et déjà adopté la directive 2.8.11 (Réaction d'un membre d'une organisation internationale à une réserve à l'acte constitutif), selon laquelle :

La directive 2.8.7 n'exclut pas que les États ou les organisations internationales membres d'une organisation internationale prennent position sur la validité ou l'opportunité d'une réserve à l'acte constitutif de l'organisation. Une telle appréciation est dépourvue par elle-même d'effets juridiques³⁹.

ii) *Le contenu des relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection*

30. La palette des effets potentiels d'une objection est assez diversifiée⁴⁰. La non-application pure et simple du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection est l'hypothèse la plus simple [objection à effet maximum (sect. d *infra*)], mais elle ne constitue aujourd'hui qu'un cas marginal, notamment en raison de l'inversion de la présomption du paragraphe 4 b de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986⁴¹. La très grande majorité des objections vise aujourd'hui à produire des effets bien différents : ne s'opposant pas à l'entrée en vigueur du traité vis-à-vis de l'auteur de la réserve, l'État objectant s'emploie à moduler la relation conventionnelle en l'adaptant à ses propres positions. Conformément au paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne, cette relation se traduit en principe par la non-application partielle du traité [objection à effet minimum (sect. a *infra*)]. La pratique étatique a cependant développé d'autres sortes d'objections qui s'éloignent des effets prévus par le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne soit en excluant l'application de certaines dispositions du traité qui ne sont pas (en tant que telles) visées par la réserve [objection à effet intermédiaire (sect. b *infra*)], d'une part, ou en prétendant que le traité s'applique sans aucune modification [objection à effet «super-maximum» (sect. c *infra*)].

a. *L'effet de l'objection à effet minimum sur les relations conventionnelles*

31. Dans le cadre du système traditionnel de l'unanimité, il était inimaginable qu'une objection puisse produire un effet quelconque autre que la non-participation de l'auteur de la réserve au traité⁴² : l'objection compromettrait

³⁹ Pour les commentaires relatifs à cette directive, voir *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), par. 84, p. 109. La directive 2.8.7 (Acceptation d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale) se lit ainsi : «Lorsqu'un traité est un acte constitutif d'une organisation internationale et à moins qu'il n'en dispose autrement, une réserve exige l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation.»

⁴⁰ Voir *supra* le paragraphe 1.

⁴¹ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 192, et les paragraphes 7 à 16 *supra*.

⁴² Voir Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», p. 146; et Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 170.

³⁶ Voir *infra* les paragraphes 31 à 64.

³⁷ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 223 à 233.

³⁸ «Dans les cas autres que ceux visés aux paragraphes précédents et à moins que le traité n'en dispose autrement.»

l'unanimité et empêchait l'État réservataire de devenir partie au traité. Devant ce qui apparaissait alors comme une évidence, ni Brierly ni Fitzmaurice n'ont discuté des effets des objections aux réserves, et Lauterpacht n'a fait que les effleurer dans ses propositions *de lege ferenda*⁴³.

32. Dans son premier rapport, Sir Humphrey Waldock n'a pas non plus jugé nécessaire de s'intéresser à la question des effets d'une objection à une réserve. Cela s'explique par le fait qu'en vertu du paragraphe 4 c de son projet d'article 19 l'objection empêchait le traité d'entrer en vigueur dans les relations bilatérales entre l'État réservataire et l'État objectant⁴⁴. Malgré le changement de cette solution catégorique au profit d'une simple présomption, le projet d'articles adopté en première lecture restait muet sur la question de l'effet concret d'une objection qui n'empêchait pas l'entrée en vigueur du traité entre son auteur et l'État réservataire. Toutefois, peu d'États se sont inquiétés de ce silence⁴⁵.

33. L'observation formulée par les États-Unis d'Amérique⁴⁶ a néanmoins attiré l'attention du Rapporteur spécial et de la Commission sur ce problème. Bien que le cas de l'établissement de relations conventionnelles nonobstant l'objection ait été considéré, ce qui est certainement vrai pour l'époque, comme «rare⁴⁷», les États-Unis n'en trouvaient pas moins nécessaire de prévoir les cas de ce genre et ont proposé d'insérer un paragraphe nouveau ainsi libellé :

Lorsqu'un État rejette une réserve ou y fait objection mais se considère en relations de traité avec l'État auteur de la réserve, les dispositions auxquelles la réserve s'applique ne s'appliquent pas entre les deux États⁴⁸.

34. Les explications des États-Unis ont convaincu Sir Humphrey Waldock quant à la nécessité «logique» d'intégrer cette hypothèse dans le projet d'article 21. Il proposa un nouveau paragraphe, libellé d'une façon sensiblement différente de la proposition des États-Unis :

Lorsqu'un État fait objection à la réserve d'un autre État, mais que les deux États se considèrent néanmoins comme mutuellement liés par le traité, la disposition à laquelle la réserve a trait ne s'applique pas dans les relations entre ces États⁴⁹.

La Cour internationale de Justice s'était du reste prononcée dans le même sens dans son avis de 1951 :

Il se peut enfin qu'un État, sans prétendre qu'une réserve est incompatible avec l'objet et le but de la Convention, y fasse néanmoins objection, mais qu'une entente entre lui et l'État qui a formulé la réserve ait pour effet de mettre la Convention en vigueur entre eux, à l'exclusion des clauses affectées par la réserve⁵⁰.

⁴³ Voir les variantes C et D au projet d'article 9, dans le premier rapport sur le droit des traités de M. Hersch Lauterpacht, document A/CN.4/63 (reprographié), p. 9 et 10 (pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 90 et suiv., en particulier p. 92).

⁴⁴ Voir *supra* le paragraphe 11.

⁴⁵ Seuls deux États ont clairement évoqué le problème : le Danemark (*Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 48) et les États-Unis (ibid., p. 50 et 58).

⁴⁶ Ibid., p. 58.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid., p. 59, par. 3 (Observations et propositions du Rapporteur spécial sur l'article 21).

⁵⁰ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2), p. 27.

35. La discussion au sein de la Commission sur ce projet de paragraphe 3 a été très animée. L'opinion de Castrén, qui considérait que le cas d'une réserve ayant fait l'objet d'une objection simple était déjà suffisamment couvert par le paragraphe 1 b du projet d'article 21⁵¹, est restée isolée. La majorité des membres⁵² trouvait nécessaire, voire «indispensable⁵³», d'introduire une disposition «afin d'éviter que des situations équivoques ne se produisent⁵⁴». Les membres de la Commission ont cependant été divisés sur l'explication de l'effet prévu par le nouveau paragraphe proposé par les États-Unis et par le Rapporteur spécial : tandis que la proposition de Sir Humphrey Waldock mettait l'accent sur le fondement consensuel de la relation conventionnelle établie nonobstant l'objection, la disposition proposée par les États-Unis semblait impliquer que l'effet prévu ne découle que de l'acte unilatéral de l'État objectant, c'est-à-dire de l'objection, sans que l'État réservataire ait un véritable choix. Les deux thèses ont trouvé leurs partisans au sein de la Commission⁵⁵.

36. Le texte finalement adopté par la Commission à l'unanimité⁵⁶ reste cependant très neutre et montre clairement que la question n'a pas été tranchée par la Commission. Le Rapporteur spécial a en effet considéré qu'il pouvait «admettre l'une et l'autre des deux tendances qui se sont manifestées au sujet du paragraphe supplémentaire» étant donné que «l'une ou l'autre des deux versions aurait les mêmes effets pratiques et, dans cette situation particulière, les deux États seraient probablement disposés à considérer le traité comme étant en vigueur entre eux, exception faite des dispositions donnant lieu à des réserves»⁵⁷.

37. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, le paragraphe 3 de ce qui est devenu l'article 21 n'a guère posé de problèmes lors de la discussion, à l'exception de quelques changements malencontreux sur lesquels la Conférence est revenue assez rapidement.

38. L'épisode n'est cependant pas sans intérêt pour comprendre le paragraphe 3 de l'article 21. Le Comité de rédaction de la Conférence, présidé par M. Yasseen – qui, au sein de la Commission, avait exprimé des doutes sur la distinction entre l'acceptation et l'objection en ce qui concerne leurs effets respectifs sur les relations conventionnelles⁵⁸ –, a proposé un texte modifié du

⁵¹ *Annuaire... 1965*, vol. I, 800^e séance, p. 189, par. 15.

⁵² M. Ruda (ibid., par. 13); M. Ago (ibid., 814^e séance, p. 295, par. 7, et p. 296, par. 11); M. Tounkine (ibid., p. 296, par. 8); et M. Briggs (ibid., par. 14).

⁵³ Voir l'intervention de M. Ago (ibid., p. 295, par. 7).

⁵⁴ Ibid., p. 296, par. 7.

⁵⁵ MM. Yasseen (ibid., 800^e séance, p. 188, par. 7; p. 189 et 190, par. 21 à 23 et par. 26), Tounkine (ibid., p. 189, par. 18) et Pal (ibid., par. 24) ont exprimé les mêmes doutes que le Rapporteur spécial (ibid., p. 190, par. 31); M. Rosenne, appuyé par M. Ruda (ibid., p. 189, par. 13), a considéré au contraire que la «conception unilatérale de la situation dont le Gouvernement des États-Unis a fait état dans ses observations sur le paragraphe 2 est plus conforme à la structure générale des dispositions concernant les réserves adoptées par la Commission et elle paraît préférable à la conception de réciprocité proposée par le Rapporteur spécial» (ibid., p. 188, par. 10).

⁵⁶ Ibid., 816^e séance, p. 309.

⁵⁷ Ibid., 800^e séance, p. 190, par. 31.

⁵⁸ Ibid., 814^e séance, p. 295, par. 5.

paragraphe 3 de l'article 21 afin de tenir compte de la nouvelle présomption en faveur de l'effet minimum de l'objection adoptée à la suite de l'amendement soviétique. Aux termes de cet amendement,

[]orsqu'un État qui a formulé une objection à une réserve ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État auteur de la réserve, la réserve produit les effets énoncés aux paragraphes 1 et 2⁵⁹.

Il en aurait résulté très clairement que l'objection simple était supposée produire le même effet qu'une acceptation. Bien que cette disposition eût déjà été adoptée par la Conférence⁶⁰, un amendement conjoint de l'Inde, du Japon, des Pays-Bas et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques⁶¹ a été introduit quelques jours avant la fin de la Conférence pour remplacer la fin de la phrase par le texte initialement proposé par la Commission afin de rétablir la distinction entre les effets d'une objection et d'une acceptation.

39. L'amendement conjoint fut introduit dans le texte par le Comité de rédaction et adopté par la Conférence⁶². M. Yasseen a expliqué qu'il

conv[enait] en effet de faire une distinction entre le cas où un État fait objection à une réserve tout en acceptant que le traité entre en vigueur, et le cas où l'on accepte la réserve formulée⁶³.

40. Les travaux préparatoires ne laissent donc aucun doute sur le fait que

[t]he view that the institution of objections is in the end void of any special effect is discomfiting as it was intended by the framers of the Vienna Convention to be the means by which the parties to a treaty safeguarded themselves against unwelcome reservations («le point de vue selon lequel l'institution d'objections est, en fin de compte, dépourvu de tout effet spécifique est gênant étant donné qu'elle a été prévue par les auteurs de la Convention de Vienne comme étant le moyen par lequel les parties à un traité se protègent contre des réserves indésirables») ⁶⁴.

Le rétablissement du texte initialement proposé par la Commission rend à l'objection sa véritable signification et ses vrais effets et coupe court aux voix doctrinales qui mettent en question la spécificité de l'institution de l'objection vis-à-vis de celle de l'acceptation⁶⁵.

41. Le paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969 ne faisait cependant pas œuvre de codification *stricto sensu* lors de son adoption par la Commission, puis par la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Il a été intégré par la Commission «pour éviter une lacune⁶⁶», mais pas en tant que

⁵⁹ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session... (A/CONF.39/11/Add.1) [voir supra la note 27], 11^e séance plénière, p. 38.

⁶⁰ Par 94 voix contre zéro (ibid., par. 10).

⁶¹ A/CONF.39/L.49, Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions... (A/CONF.39/11/Add.2) [voir supra la note 19], p. 293.

⁶² Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session... (A/CONF.39/11/Add.1) [voir supra la note 27], 33^e séance plénière, p. 193, par. 12.

⁶³ Ibid., par. 2.

⁶⁴ Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 173 et 174.

⁶⁵ Voir les références doctrinales citées supra dans la note 34.

⁶⁶ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 227, paragraphe 2 du commentaire relatif au projet d'article 19.

règle coutumière⁶⁷. Bien que ce paragraphe 3 ait été élaboré un peu à la hâte par la Commission et qu'il ait donné lieu à des discussions et à des propositions de modifications jusqu'aux derniers jours de la Conférence, certains membres de la Commission, lors des travaux préparatoires au projet de ce qui est devenu la Convention de Vienne de 1986, n'en ont pas moins considéré que cette disposition était claire⁶⁸ et acceptable⁶⁹. Telle semble avoir été la position de la Commission dans son ensemble puisqu'elle l'a adoptée en première lecture avec les seules adaptations rédactionnelles nécessaires dès 1977. Cet endossement témoigne du caractère coutumier acquis par le paragraphe 3 de l'article 21⁷⁰, ce que confirme la décision du tribunal arbitral franco-britannique chargé de statuer sur le différend concernant la délimitation du plateau continental dans l'affaire de la *Mer d'Iroise* intervenue peu de temps après⁷¹. Il s'agit là d'un élément du système «souple» des réserves aux traités.

42. L'effet désormais «normal» de l'objection à une réserve valide est donc prévu par le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Cette disposition, dans la rédaction plus complète de la Convention de Vienne de 1986, prévoit ceci :

Lorsqu'un État ou une organisation internationale qui a formulé une objection à une réserve ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même ou elle-même et l'État ou l'organisation auteur de la réserve, les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre l'auteur de la réserve et l'État ou l'organisation qui a formulé l'objection, dans la mesure prévue par la réserve.

43. En dépit de la complication apparente de la rédaction, le sens de la disposition est clair : dès que le traité est effectivement entré en vigueur dans les relations bilatérales entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection – détail que le paragraphe 3 de l'article 21 ne précise pas mais qui relève de l'évidence –, leur relation conventionnelle sera amputée de la disposition ou des dispositions sur lesquelles porte la réserve dans la mesure prévue par celle-ci. Le paragraphe 3 de l'article 21 appelle cependant trois remarques.

44. Premièrement, l'effet visé par l'objection est effectivement diamétralement opposé à celui d'une acceptation. L'acceptation a pour effet de modifier l'effet juridique des dispositions sur lesquelles porte la réserve dans la mesure prévue par la réserve, tandis que l'objection exclut l'application de ces dispositions dans cette même mesure. Bien que dans certains cas spécifiques l'effet concrètement produit sur la relation conventionnelle établie malgré l'objection puisse être identique à celui d'une acceptation⁷², il n'en reste pas moins que les régimes juridiques du couple réserve/acceptation, d'une part, et du couple réserve/objection, d'autre part, sont, en droit, nettement distincts.

⁶⁷ Edwards, «Reservations to treaties», p. 398.

⁶⁸ M. Calle y Calle, *Annuaire... 1977*, vol. I, 1434^e séance, p. 99, par. 8.

⁶⁹ M. Tabibi, ibid., p. 98 et 99, par. 7.

⁷⁰ Edwards, «Reservations to treaties», p. 398; Gaja, «Unruly treaty reservations», p. 308.

⁷¹ *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 30 juin 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.V.7), p. 130.

⁷² Sur cette question, voir *infra* le paragraphe 61.

45. Deuxièmement, il est surprenant – et regrettable – que le paragraphe 3 ne limite aucunement son champ d'application aux seules réserves « valides » au sens de l'article 19 et de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, comme c'est le cas du paragraphe 1⁷³. Il n'en reste pas moins fort douteux que l'objection à une réserve non valide puisse produire l'effet prévu par le paragraphe 3, bien que la pratique étatique paraisse l'admettre. Les États objectent en effet fréquemment à des réserves qu'ils considèrent comme non valides en raison de l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité, sans pour autant s'opposer à l'entrée en vigueur du traité, ou en précisant expressément que leur objection n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur dans leurs relations avec l'État réservataire.

46. Un exemple parlant est constitué par l'objection de la République fédérale d'Allemagne à la réserve formulée par Myanmar à la Convention relative aux droits de l'enfant :

La République fédérale d'Allemagne, considérant que les réserves émises par l'Union du Myanmar au sujet des articles 15 et 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant sont incompatibles avec l'objet et le but de ladite Convention (art. 51, par. 2), émet une objection à l'égard de ces réserves.

Cette objection n'empêchera pas la Convention d'entrer en vigueur entre l'Union du Myanmar et la République fédérale d'Allemagne⁷⁴.

Cet exemple est loin d'être isolé; nombreuses sont les objections à effet minimum qui, malgré la conviction exprimée par leurs auteurs quant à la non-validité de la réserve, ne s'opposent pas à l'entrée en vigueur du traité et le disent clairement⁷⁵. Les objections simples à des réserves considérées comme non valides sont donc loin de relever de la spéculation⁷⁶.

⁷³ Le paragraphe 1 de l'article 21 dispose ceci : « Une réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 »; voir *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 205.

⁷⁴ *Traité multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. IV.11.

⁷⁵ Voir aussi, parmi de nombreux exemples, les objections de la Belgique aux réserves formulées par l'Égypte et par le Cambodge à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (*ibid.*, chap. III.3) ou les objections de la République fédérale d'Allemagne à plusieurs réserves concernant la même Convention (*ibid.*). Il est cependant intéressant de noter à l'égard de l'objection de l'Allemagne, qui considère les réserves comme « incompatible[s] avec la lettre et l'esprit de la Convention », que le Gouvernement allemand a déclaré pour certaines des objections seulement qu'elles n'empêchent pas l'entrée en vigueur du traité entre l'Allemagne et les États respectifs, sans pour autant prendre expressément position dans les autres cas dans lesquels elle objectait à une réserve pour les mêmes raisons. De nombreux exemples peuvent être trouvés dans les objections aux réserves formulées au Pacte international relatif aux droits civils et politiques : notamment les objections faites à l'égard de la réserve formulée par les États-Unis à l'article 6 du Pacte par la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède (*ibid.*, chap. IV.4). Tous ces États ont considéré la réserve comme incompatible avec l'objet et le but du Pacte, mais ils ne se sont néanmoins pas opposés à l'entrée en vigueur du Pacte dans leurs relations avec les États-Unis; contrairement à l'Allemagne, qui n'a pas gardé le silence sur cette question bien que son objection soit également motivée par la contrariété de la réserve des États-Unis « tant avec les termes, qu'avec l'esprit et l'intention de l'article 6 » (*ibid.*). Le phénomène n'est cependant pas limité aux traités relatifs aux droits de l'homme : voir les objections de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France et de la Suède à l'encontre de la réserve du Viet Nam à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (*ibid.*, chap. VI.19).

⁷⁶ Zemanek, « Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 331.

47. La Convention de Vienne de 1969 ne donne pas de réponse à ce problème épineux et semble traiter les effets de l'objection sur le contenu des relations conventionnelles indépendamment de la question de la validité de la réserve. Sur ce point, on peut considérer que la Commission est allée au-delà du nécessaire en ce qui concerne la déconnexion entre les critères de validité de la réserve et les effets de l'objection. Une chose est de permettre aux États et aux organisations internationales d'objecter à n'importe quelle réserve⁷⁷, qu'elle soit valide ou invalide, et une autre d'assortir toutes ces objections d'effets identiques, et il est plus que douteux que le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 soit applicable aux objections à des réserves qui ne satisfont pas les conditions de validité de l'article 19 et de l'article 23⁷⁸. Pour le moment, il n'est cependant pas nécessaire de trancher définitivement cette question : à ce stade de l'analyse, il ne s'agit que de s'interroger sur les effets d'une réserve *valide*⁷⁹.

48. Troisièmement, bien qu'il soit clair, en vertu du texte du paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, que les dispositions sur lesquelles portent la réserve ne s'appliquent pas vis-à-vis de l'auteur de l'objection, la partie de la phrase « dans la mesure prévue par la réserve » laisse « assez perplexe⁸⁰ » et nécessite de plus amples explications.

49. La décision du tribunal arbitral dans l'affaire de la *Mer d'Iroise*⁸¹ précise le sens à donner à cette expression. La France avait, lors de la ratification, formulé une réserve à l'article 6 de la Convention sur le plateau continental, dont la partie pertinente se lisait ainsi :

Le Gouvernement de la République française n'acceptera pas que lui soit opposée, sans un accord exprès, une délimitation entre des plateaux continentaux appliquant le principe de l'équidistance :

– [s]i celle-ci est calculée à partir de lignes de bases instituées postérieurement au 29 avril 1958;

– [s]i elle est prolongée au-delà de l'isobathe de 200 mètres de profondeur;

– [s]i elle se situe dans des zones où il considère qu'il existe des « circonstances spéciales », au sens des alinéas 1 et 2 de l'article 6, à savoir : le golfe de Gascogne, la baie de Grandville et les espaces maritimes du Pas-de-Calais et de la mer du Nord au large des côtes françaises⁸².

Le Royaume-Uni a fait une objection à cette partie de la réserve française en indiquant seulement ceci :

Le Gouvernement du Royaume-Uni n'est pas en mesure d'accepter les réserves formulées par le Gouvernement de la République française⁸³.

⁷⁷ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 96 à 100.

⁷⁸ Voir notamment Gaja, « Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili », p. 349 à 361.

⁷⁹ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 196.

⁸⁰ Selon les mots du représentant des États-Unis d'Amérique, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 27], 33^e séance plénière, p. 193, par. 9.

⁸¹ *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (voir *supra* la note 71).

⁸² *Traité multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. XXI.4.

⁸³ *Ibid.*

Devant le tribunal arbitral, la France a soutenu que, en raison de l'effet combiné de sa réserve et de l'objection du Royaume-Uni et en vertu du principe du consensualisme, l'article 6 dans son ensemble n'était pas applicable dans les relations entre les deux parties⁸⁴. Le Royaume-Uni pour sa part a été d'avis que, conformément au paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969 – qui n'était pas entrée en vigueur à l'époque et qui n'a pas même été signé par la France –, «les réserves françaises ne peuvent rendre l'article 6 inapplicable *in toto* mais tout au plus “dans la mesure prévue par la réserve”⁸⁵».

50. Le tribunal a considéré que

la réponse à donner à la question des effets juridiques des réserves françaises découle en partie des arguments de la République française et en partie de ceux du Royaume-Uni. La République française a manifestement raison de dire que l'établissement de rapports conventionnels entre elle et le Royaume-Uni dans le cadre de la Convention dépend du consentement donné par chaque État à être lié par les dispositions de cette Convention et que, en formulant ses réserves à l'article 6, elle a subordonné son consentement à être liée par les dispositions de cet article aux conditions énoncées dans les réserves. D'autre part, l'observation du Royaume-Uni selon laquelle son refus visait les seules réserves et non l'article 6 dans son ensemble a beaucoup de poids. En résumé, le désaccord entre les deux États portait non pas sur la question de la reconnaissance de l'article 6 comme étant applicable dans leurs relations mutuelles, mais sur les matières que les réserves de la République française avaient exclues de l'application de l'article 6. L'effet du rejet des réserves par le Royaume-Uni se limite donc aux réserves elles-mêmes⁸⁶.

Et le tribunal de poursuivre :

[L]’effet du rejet, toutefois, peut bien être considéré, dans un sens plus restreint, comme rendant les réserves inopposables au Royaume-Uni. De même que l'effet des réserves françaises est d'empêcher le Royaume-Uni d'invoquer les dispositions de l'article 6, sauf aux conditions énoncées dans les réserves, de même l'effet du rejet des réserves est d'empêcher la République française d'imposer ses réserves au Royaume-Uni en vue de lui opposer comme obligatoire une délimitation effectuée conformément aux conditions contenues dans ces réserves. Ainsi, l'effet combiné des réserves françaises et de leur rejet par le Royaume-Uni n'est ni de rendre l'article 6 inapplicable *in toto*, comme la République française le prétend, ni de le rendre applicable *in toto*, comme le Royaume-Uni le soutient en premier argument. L'effet des réserves et de leur rejet est de rendre l'article inapplicable entre les deux États dans la mesure prévue par les réserves, mais seulement dans cette mesure ; c'est là précisément ce que prévoit en pareil cas l'article 21, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités et ce qui ressort du principe du consentement mutuel⁸⁷.

51. Cette décision de 1977 ne confirme donc pas seulement le caractère coutumier du paragraphe 3 de l'article 21⁸⁸, elle précise en outre que l'objectif de cette disposition – qui découle du principe même du consentement mutuel – est de sauvegarder autant que possible l'accord entre les parties. Il ne faut pas exclure l'application de toute la disposition ou de toutes les dispositions sur lesquelles porte la réserve, mais seulement les parties de ces dispositions sur lesquelles les parties ont exprimé leur désaccord.

⁸⁴ *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (voir *supra* la note 71), p. 170, par. 57.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 171, par. 58.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 59.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 171 et 172, par. 61.

⁸⁸ Voir *supra* le paragraphe 41.

52. Dans le cas de la France et du Royaume-Uni, cela revient à admettre que l'article 6 de la Convention sur le plateau continental reste applicable entre les deux parties en dehors des éléments visés par la réserve française. C'est ce qu'il faut comprendre par « dans la mesure prévue par la réserve ». L'effet prévu par le paragraphe 3 de la Convention de Vienne de 1969 vise à préserver l'accord entre les parties dans la mesure du possible en réduisant l'application des traités aux dispositions sur lesquelles le consentement a été établi et en excluant les autres ; ou, comme J. K. Koh l'a expliqué,

[h]ere the Vienna Convention seems to be overtly seeking to preserve as much of the treaty as possible even when parties disagree about a reservation. [...] [T]he Vienna Convention tries to salvage as much as is uncontroversial about the relations between reserving and opposing states («à cet égard, la Convention de Vienne semble chercher ouvertement à préserver le traité autant que possible bien que les parties soient en désaccord sur une réserve. [...] La Convention de Vienne essaie de sauvegarder au maximum ce qui n'est pas contesté dans les relations entre l'État réservataire et l'État objectant»)⁸⁹.

53. Bien que, dans son principe, le paragraphe 3 de l'article 21 soit plus clair qu'on le prétend parfois, il n'en est pas moins d'application difficile. D. W. Bowett a remarqué à cet égard que

[t]he practical difficulty may be that of determining precisely which part of the treaty is affected by the reservation and must therefore be omitted from the agreement between the two Parties. It may be a whole article, or a sub-paragraph of an article, or merely a phrase or word within the sub-paragraph. There can be no rule to determine this, other than the rule that by normal methods of interpretation and construction one must determine which are the “provisions”, the words, to which the reservation relates («la difficulté pratique est de déterminer précisément quelle partie du traité est affectée par la réserve et doit donc être retranchée de l'accord entre les deux parties. Il peut s'agir d'un article entier, ou d'un paragraphe, ou simplement d'une phrase ou d'un mot dans un paragraphe. Aucune règle ne peut déterminer cela à l'avance, si ce n'est celle en vertu de laquelle il faut déduire, par les méthodes normales d'interprétation et de construction, quelle est la “disposition”, quel est le mot sur lesquels porte la réserve»)⁹⁰.

De surcroît, comme Frank Horn l'a souligné à juste titre,

[a] reservation does not only affect the provision to which it directly refers but may have repercussions on other provisions. An “exclusion” of a provision, that is the introduction of an opposite norm, changes the context that is relevant for interpreting other norms. A norm seldom exists in isolation but forms an integrated part in a system of norms. The extent of a reservation does not necessarily comprise only the provision directly affected but also those provisions the application of which is influenced by the “exclusion” or the “modification” («une réserve n'affecte pas seulement la disposition à laquelle elle se réfère directement mais peut avoir des répercussions sur d'autres dispositions. L'“exclusion” d'une disposition, c'est-à-dire l'introduction d'une norme opposée, change le contexte pertinent pour l'interprétation d'autres normes. Une norme existe rarement en isolation, mais elle forme une partie intégrante d'un système de normes. La mesure de la réserve ne se limite pas nécessairement à la disposition directement visée, mais s'étend également à celles dont l'application est influencée par l'“exclusion” ou par la “modification”»)⁹¹.

54. Seule l'interprétation de la réserve peut donc aider à déterminer les dispositions du traité, ou les parties de ces dispositions, dont l'État réservataire ou l'organisation internationale réservataire vise à exclure ou à modifier l'effet

⁸⁹ Koh, «Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», p. 102.

⁹⁰ Bowett, «Reservations to non-restricted multilateral treaties», p. 86.

⁹¹ Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 178.

juridique. Ces dispositions ou ces parties de dispositions sont, en raison de l'objection, non applicables dans la relation conventionnelle entre l'auteur de l'objection et l'auteur de la réserve. Toutes les dispositions ou parties de dispositions qui ne sont pas visées par la réserve restent applicables entre les deux parties.

55. On peut aisément déterminer ce qu'il faut exclure de la relation entre les deux parties en se posant la question de savoir ce que la réserve modifie effectivement dans les relations conventionnelles de son auteur vis-à-vis d'une partie contractante qui l'a acceptée. Tout cela est exclu dans la relation avec une partie contractante qui a fait une objection à la réserve.

56. Le projet de directive 4.3.5, qui détermine le contenu des relations conventionnelles entre l'auteur d'une objection simple et l'auteur de la réserve, reprend donc les termes du paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1986, qui répond parfaitement à cette question, tout en précisant que cela concerne exclusivement les objections à une réserve valide. En outre, afin de clarifier que l'effet de l'objection ne consiste pas automatiquement à exclure l'application de l'intégralité de la disposition sur laquelle porte la réserve – comme la République française l'avait soutenu dans l'affaire de la *Mer d'Iroise*⁹² –, il serait utile de préciser que l'exclusion peut ne concerner qu'une «partie de disposition». Le projet de directive pourrait donc se lire donc comme suit :

«4.3.5 Contenu des relations conventionnelles

«Lorsqu'un État ou une organisation internationale qui a formulé une objection à une réserve valide ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même ou elle-même et l'État ou l'organisation auteur de la réserve, les dispositions ou les parties de dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre l'auteur de la réserve et l'État ou l'organisation qui a formulé l'objection, dans la mesure prévue par la réserve.»

57. Afin de clarifier le contenu des relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'État ou l'organisation internationale qui y a objecté, il est utile de reprendre la distinction entre les *modifying reservations* («réserves à effet modificateur») et les *excluding reservations* («réserves à effet d'exclusion») déjà utilisée pour la détermination des effets d'une réserve établie⁹³.

58. Le cas des réserves à effet d'exclusion est particulièrement facile à cerner. L'exemple de la réserve de l'Égypte à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques en est la preuve. Cette réserve précise que «[l]e paragraphe 2 de l'article 37 n'est pas applicable⁹⁴». La disposition sur laquelle porte la réserve est, sans aucun doute, le paragraphe 2 de l'article 37 de

la Convention sur les relations diplomatiques. Dans les relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'auteur d'une objection simple, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques s'appliquera donc sans le paragraphe 2 de l'article 37. Cette disposition (ou partie de disposition) ne s'applique pas, dans la mesure prévue par la réserve; c'est-à-dire, pas du tout. Son application est entièrement exclue.

59. Cuba a fait une réserve visant à exclure l'application du paragraphe 1 de l'article 25 de la Convention sur les missions spéciales :

Le Gouvernement révolutionnaire de la République de Cuba fait une réserve expresse en ce qui concerne la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 25 et, en conséquence, n'accepte pas que le consentement du chef de la mission spéciale puisse être présumé acquis dans les cas visés audit paragraphe ni dans aucun autre cas⁹⁵.

Dans ce cas aussi, l'objection (simple) a pour conséquence d'exclure l'application de la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 25 de la Convention. Le reste de la disposition demeure cependant en vigueur entre les deux parties.

60. Il peut toutefois y avoir des cas de réserves à effet d'exclusion bien plus complexes. C'est notamment le cas des réserves transversales, c'est-à-dire des réserves qui visent à exclure l'effet juridique du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers⁹⁶. Ainsi, la réserve du Guatemala à la Convention douanière relative à l'importation temporaire des véhicules routiers privés prévoit ceci :

Le Gouvernement du Guatemala se réserve le droit :

1) [d]e considérer que les dispositions de la Convention ne s'appliquent qu'aux seules personnes physiques, et non pas aux personnes physiques et morales comme le prévoit l'article premier du chapitre premier⁹⁷.

Une application purement mécanique du paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 pourrait laisser croire que la relation conventionnelle établie entre l'auteur de cette réserve et un État qui y a fait objection exclut l'application de l'article premier – la disposition visée par la réserve. Mais ce n'est pas parce que seul l'article premier est expressément visé que la réserve ne porte que sur cette disposition. Dans le cas concret de la réserve du Guatemala, il serait également absurde d'exclure seulement l'application de l'article premier de la Convention ou de considérer que, du fait que la réserve porte sur l'ensemble des dispositions de la Convention (en excluant une partie de son champ d'application personnel), une objection simple exclut l'ensemble des dispositions de la Convention. Seul ce qui est effectivement modifié ou exclu en raison de la réserve demeure inapplicable dans la relation conventionnelle entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection simple : l'application de l'ensemble de la Convention dans la mesure où cette application concerne les personnes morales.

⁹² *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (voir *supra* la note 71).

⁹³ Voir *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 262.

⁹⁴ *Traité multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. III.3. Voir aussi *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 264.

⁹⁵ *Traité multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. III.9.

⁹⁶ Voir la directive 1.1.1 (Objet des réserves) et le commentaire y relatif [*Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 98 à 100].

⁹⁷ *Traité multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. XI.A.8.

61. Dans ces cas, et dans de tels cas seulement, l'objection produit concrètement les mêmes effets qu'une acceptation : l'exclusion de l'effet juridique, ou l'application, de la disposition sur laquelle porte la réserve « dans la mesure prévue par la réserve » ; l'acceptation et l'objection simple entraînent en effet les mêmes relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve, d'une part, et celui de l'acceptation ou de l'objection simple, d'autre part. Sur ce point, les auteurs sont d'accord⁹⁸. Cette similitude des effets d'une acceptation et d'une objection à effet minimum ne veut cependant pas dire que les deux réactions sont identiques et que l'auteur de la réserve *would get what it desired* [« finirait par avoir ce qu'il voulait »]⁹⁹. Mais elle ne se présente que dans le cas bien précis des réserves d'exclusion et en aucune manière s'agissant des réserves par lesquelles son auteur vise à modifier les effets juridiques d'une disposition du traité¹⁰⁰. En outre, alors que l'acceptation est synonyme d'accord ou, au moins, d'absence d'opposition à l'égard de la réserve, l'objection ne peut pas s'analyser en un simple « vœu pieux¹⁰¹ » ; elle constitue l'expression d'un désaccord et vise à sauvegarder les droits de son auteur d'une manière comparable à celle d'une déclaration unilatérale (protestation)¹⁰².

62. Au bénéfice de ces remarques, il paraît cependant utile de préciser l'effet concret d'une objection à une réserve à effet d'exclusion. La comparaison de l'effet de l'établissement d'une telle réserve, d'une part, et de l'objection simple faite à cette réserve, d'autre part, montre que les mêmes droits et obligations sont exclus de la relation conventionnelle entre les parties respectives. Le projet de directive 4.3.6 précise cette similitude entre les relations conventionnelles établies dans les deux cas. Il n'a aucunement pour fonction de remplacer le projet de directive 4.3.5 ; il tente plutôt d'y apporter des précisions pour des catégories déterminées de réserves.

« 4.3.6 *Contenu des relations conventionnelles dans le cas d'une réserve visant à exclure l'effet juridique d'une ou de plusieurs dispositions du traité*

« Un État contractant ou une organisation contractante qui a formulé une réserve valide visant à exclure l'effet juridique d'une ou de plusieurs dispositions du traité et un État contractant ou une organisation contractante qui y a fait objection sans s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même ou elle-même et l'auteur de la réserve ne

⁹⁸ Voir, par exemple, Clark, « The Vienna Convention reservations regime and the Convention on Discrimination Against Women », p. 308 ; Coccia, « Reservations to multilateral treaties on human rights », p. 36 ; Gaja, « Unruly treaty reservations », p. 327 ; Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 157 ; Ruda, « Reservations to treaties », p. 199 ; Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 76. Voir aussi les explications des Pays-Bas concernant l'amendement quadripartite, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 27], 32^e séance plénière, p. 191, par. 55 ; Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 173 ; et Klabbers, « Accepting the unacceptable? A new Nordic approach to reservations to multilateral treaties », p. 186 et 187.

⁹⁹ Klabbers, « Accepting the unacceptable? A new Nordic approach to reservations to multilateral treaties », p. 179.

¹⁰⁰ Voir *supra* le paragraphe 63.

¹⁰¹ Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 157, citant Dehaussy.

¹⁰² Zemanek, « Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties », p. 332.

sont pas liés, dans leurs relations conventionnelles, par les dispositions sur lesquelles porte la réserve dans la mesure où elles ne seraient pas applicables entre eux si la réserve était établie.

« Toutes les autres dispositions conventionnelles qui seraient applicables si la réserve était établie restent applicables entre les deux parties. »

63. Le cas des réserves à effet modificateur montre cependant très clairement la différence entre l'objection et l'acceptation. Tandis que l'établissement de la réserve modifie les obligations juridiques entre l'auteur de la réserve et les parties contractantes à l'égard desquelles la réserve est établie, le paragraphe 3 de l'article 21 exclut l'application de toutes les dispositions qui seront potentiellement modifiées par la réserve, dans la mesure de la réserve. Si un État formule alors une réserve qui tente de remplacer une obligation conventionnelle par une autre, l'opération du paragraphe 3 de l'article 21 veut que la relation conventionnelle entre l'auteur de la réserve et l'auteur d'une objection simple soit amputée par l'obligation potentiellement remplacée par la réserve. On n'applique ni l'obligation initiale – parce que l'auteur de la réserve n'y a pas consenti – ni l'obligation modifiée proposée par la réserve – parce que l'auteur de l'objection n'y a pas consenti à son tour.

64. Il convient de préciser cette différence entre la réserve à effet modificateur acceptée et celle qui a fait objet d'une objection simple. Comme le projet de directive 4.3.6, le projet de directive 4.3.7 doit être lu en conjonction avec le projet de directive 4.3.5 qu'il a pour objet de clarifier.

« 4.3.7 *Contenu des relations conventionnelles dans le cas d'une réserve visant à modifier l'effet juridique d'une ou plusieurs dispositions du traité*

« Un État contractant ou une organisation contractante qui a formulé une réserve valide visant à modifier l'effet juridique d'une ou de plusieurs dispositions du traité et un État contractant ou une organisation contractante qui y a fait objection sans s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même ou elle-même et l'auteur de la réserve ne sont pas liés, dans leurs relations conventionnelles, par les dispositions sur lesquelles porte la réserve dans la mesure où elles seraient modifiées entre eux si la réserve était établie.

« Toutes les autres dispositions conventionnelles qui seraient applicables si la réserve était établie restent applicables entre les deux parties. »

b. L'effet de l'objection à effet intermédiaire sur les relations conventionnelles

65. Une pratique maintenant bien établie a consacré l'existence d'objections dont les effets visés sortent du cadre tracé par le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 : les objections à « effet intermédiaire¹⁰³ ». Il ne s'agit pas ici de se demander si une

¹⁰³ *Annuaire...* 2009, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 107.

telle objection peut être formulée ou pas : le Rapporteur spécial a déjà proposé en 2009 un projet de directive qui concerne plus directement cette question¹⁰⁴ et qui a d'ores et déjà été renvoyé au Comité de rédaction¹⁰⁵. Le problème est ici plutôt de déterminer quels effets peut effectivement produire une telle objection, indépendamment de l'intention initiale de son auteur. Jusqu'où l'auteur de l'objection peut-il étendre l'effet de son objection entre l'effet « simple » (paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986) et l'effet « qualifié » ou « maximum », qui exclut l'entrée en vigueur de l'ensemble du traité dans les relations entre l'auteur de la réserve et celui de l'objection (paragraphe 4 b de l'article 20 des Conventions de Vienne) ?

66. Il est évident que ce choix ne peut pas être laissé au libre arbitre de l'auteur de l'objection¹⁰⁶. Comme l'a souligné la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif concernant les *Réserves à la Convention sur le génocide*,

[i] faut évidemment supposer chez les contractants la volonté de préserver de toute façon ce qui est essentiel aux fins de la Convention ; si cette volonté venait à faire défaut, il est bien clair que la Convention elle-même se trouverait ébranlée dans son principe comme dans son application¹⁰⁷.

Une objection ne peut donc en aucune manière exclure des relations conventionnelles entre l'État ou l'organisation internationale objectant, d'une part, et l'auteur de la réserve, d'autre part, des dispositions du traité qui sont essentielles pour la réalisation de son objet et de son but¹⁰⁸. Cela constitue certainement une limite à ne pas franchir, et le projet de directive 3.4.2 en fait même un critère pour l'appréciation de la validité¹⁰⁹.

67. Mais, d'autre part, il ne faut pas non plus perdre de vue le principe même du consentement mutuel, qui est à la base de l'ensemble du droit des traités et qui, comme le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Mer d'Iroise* l'a souligné à juste titre¹¹⁰, est essentiel à la détermination

¹⁰⁴ Le projet de directive 3.4.2 proposé par le Rapporteur spécial lors de l'examen de son quatorzième rapport [ibid., vol. II (2^e partie), p. 86, note 372] se lit ainsi :

« Validité matérielle de l'objection à une réserve

« L'objection à une réserve par laquelle l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur vise à exclure dans ses relations avec l'auteur de la réserve l'application de dispositions du traité qui ne sont pas visées par la réserve n'est valide que si :

« a) les dispositions supplémentaires ainsi exclues ont un lien suffisant avec les dispositions sur lesquelles porte la réserve ;

« b) l'objection n'a pas pour effet de priver le traité de son objet et de son but dans les relations entre l'auteur de la réserve et celui de l'objection. »

¹⁰⁵ Ibid., p. 83, par. 60 ; à la suite d'un vote indicatif, il a été entendu que la directive 3.4.2 ne comporterait pas de disposition relative au *jus cogens* en relation avec la validité des objections aux réserves (ibid.).

¹⁰⁶ Ibid., vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 109.

¹⁰⁷ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2), p. 27.

¹⁰⁸ Cette observation fondamentale donne un avant-goût de la solution qu'il faut apporter au problème posé par la transposition du paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne au cas des objections à des réserves non valides.

¹⁰⁹ Voir *supra* la note 104.

¹¹⁰ *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française* (voir *supra* la note 71), p. 172, par. 61.

des effets d'une objection et d'une réserve. Comme cela a été rappelé à maintes reprises dans le cadre des travaux de la Commission concernant les réserves aux traités, [*n*]o *State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable* [« aucun État ne peut être tenu par des obligations contractuelles qu'il ne juge pas appropriées »]¹¹¹. Cela est vrai pour l'État (ou l'organisation internationale) réservataire comme pour l'État (ou l'organisation internationale) objectant. Or, dans certaines situations, les effets assignés à l'objection par le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 peuvent se révéler inaptes à rétablir le consentement mutuel entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection alors même que l'objet et le but du traité ne sont pas remis en question par la réserve.

68. C'est notamment le cas lorsque la réserve vise à exclure ou à modifier une disposition du traité qui, selon l'intention des parties, est nécessaire pour sauvegarder l'équilibre des droits et obligations résultant de leur consentement à l'entrée en vigueur du traité. Tel est le cas lorsque la réserve ne met pas seulement en question le consentement des parties à la disposition directement visée, mais porte atteinte à l'équilibre réalisé lors des négociations sur un ensemble d'autres dispositions. Une partie contractante peut alors légitimement considérer que le fait d'être lié par l'une des dispositions en question sans pouvoir se prévaloir d'une ou de plusieurs autres dispositions constitue une *contractual obligation it does not consider suitable* [« obligation conventionnelle qu'il ne juge pas appropriée »].

69. C'est à des situations de ce genre que les objections à effet intermédiaire visent à faire face. Cette pratique s'est principalement, sinon exclusivement, manifestée dans le cadre des réserves et objections aux dispositions de la partie V de la Convention de Vienne de 1969 et montre clairement les raisons qui justifient que les auteurs d'objections s'efforcent d'élargir les effets visés par celle-ci.

70. L'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 et son annexe relative à la conciliation obligatoire constituent des garanties procédurales qui avaient été considérées comme essentielles par de nombreux États lors de l'adoption de la Convention de Vienne afin de prévenir des utilisations qu'ils jugeaient potentiellement abusives des autres dispositions de la partie V¹¹². La réaction de plusieurs États aux réserves relatives à l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 vise donc à préserver le compromis global – le *package deal* – que certains États ont tenté de remettre en question par le biais de réserves et qui ne pouvait être rétabli que par une objection dépassant les effets « normaux » des réserves prévus par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986¹¹³.

¹¹¹ Tomuschat, « Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties », p. 466 ; voir aussi *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/477 et Add.1, p. 60, par. 97 et 99, et Müller, « Convention de Vienne de 1969 : Article 20 », p. 809 à 811, par. 20 à 24.

¹¹² *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 117.

¹¹³ Müller, « Convention de Vienne de 1969 : Article 21 », p. 927 et 928, par. 70.

71. Cela confirme que, afin de rétablir ce que l'on pourrait appeler l'«équilibre consensuel» entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection, il faut admettre que l'effet de cette dernière sur les relations conventionnelles entre les deux parties peut s'étendre aux dispositions du traité qui entretiennent un lien spécifique avec les dispositions visées par la réserve.

72. Au bénéfice de ces remarques, il conviendrait d'introduire dans le Guide de la pratique un projet de directive 4.3.8 précisant qu'une objection peut, sous certaines conditions, exclure l'application de dispositions qui ne sont pas visées par la réserve.

«4.3.8 Non-application de dispositions autres que celles sur lesquelles porte la réserve

«Dans le cas où l'État contractant ou l'organisation contractante qui a fait une objection à une réserve valide en a exprimé l'intention, toute disposition du traité qui n'est pas directement visée par la réserve mais qui a un lien suffisamment étroit avec la ou les dispositions visées par elle n'est pas applicable dans la relation conventionnelle entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection à condition que la non-application de cette disposition ne porte pas atteinte à l'objet et au but du traité.»

73. Le Rapporteur spécial est conscient que ce projet de directive fait, d'une certaine manière, double emploi avec le projet de directive 3.4.2¹¹⁴. Néanmoins, ce dernier traite la question sous le seul angle de la validité d'une telle objection tandis que le projet de directive 4.3.8 concerne plus directement l'effet possible d'une objection. Il n'a pas pour objectif de «sanctionner» la non-validité éventuelle de l'objection à effet intermédiaire mais il se limite à constater qu'une objection, assortie de l'intention correspondante de la part de son auteur, produit cet effet. La combinaison entre les effets prévus respectivement par les projets de directives 4.3.5 et 4.3.8 permet de déterminer objectivement les effets d'une objection à effet intermédiaire sans qu'il soit nécessaire de dire que l'auteur d'une objection à effet intermédiaire qui dépasse ce qui est admissible bénéficie quand même de l'effet «normal» de l'objection.

c. Le cas de l'objection à effet «super-maximum»

74. Le cas, bien plus controversé, des objections à effet «super-maximum» par lesquelles leurs auteurs affirment que le traité entre en vigueur, dans les relations entre eux et l'auteur de la réserve, sans que ce dernier puisse bénéficier de sa réserve¹¹⁵ trouve également une solution logique dans le principe du consensualisme.

75. Il faut cependant remarquer que la pratique des objections à effet «super-maximum» s'est développée non pas dans le cadre des objections à des réserves considérées comme étant valides, mais en réaction à des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité. Un exemple récent, l'objection de la Suède à la réserve formulée par El Salvador à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, illustre cela :

[L]e Gouvernement suédois a examiné la réserve formulée par le Gouvernement de la République d'El Salvador lors de la ratification de la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

En vertu du droit coutumier international, tel que codifié dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, les réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité ne sont pas autorisées. Il est dans l'intérêt de tous les États que l'objet et le but des traités auxquels ils ont choisi de devenir parties soient respectés par toutes les parties et que les États soient prêts à procéder aux changements législatifs nécessaires pour s'acquitter des obligations découlant de ces traités.

Notant qu'aux termes de sa réserve El Salvador donne prééminence à sa Constitution sur la Convention, le Gouvernement suédois estime que ladite réserve, qui ne précise pas clairement la portée de la dérogation, fait sérieusement douter de l'attachement d'El Salvador à l'objet et au but de la Convention.

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 réserve¹¹⁶.

76. Nonobstant les conséquences d'une telle objection à effet «super-maximum» dans le cas où la réserve n'est pas valide, il est tout à fait clair qu'un tel effet de l'objection non seulement n'est pas prévu par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 – ce qui est également le cas des objections à effet intermédiaire –, mais encore n'est pas compatible avec le principe du consensualisme. Dès lors, un effet «super-maximum» est, en soi, exclu s'agissant d'une réserve valide : l'auteur de l'objection ne peut pas imposer à l'auteur de la réserve d'être lié par plus que ce qu'il est prêt à accepter. L'État ou l'organisation internationale objectant ne peut imposer à l'État ou à l'organisation internationale réservataire qui a exercé valablement sa faculté de formuler une réserve des obligations à l'égard desquelles il n'a pas exprimé son consentement d'être lié.

77. Il convient dès lors de préciser dans le Guide de la pratique que l'auteur d'une réserve validement formulée ne peut pas être tenu de respecter les dispositions du traité sans le bénéfice de sa réserve. Tel est l'objet du projet de directive 4.3.9.

«4.3.9 Droit de l'auteur d'une réserve valide de ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de sa réserve

«L'auteur d'une réserve qui satisfait les conditions de validité substantielle et qui a été formulée en respectant la forme et la procédure prévues à cet effet ne peut en aucun cas être tenu de respecter l'intégralité des dispositions du traité sans le bénéfice de sa réserve.»

78. Cela ne veut cependant pas dire qu'une objection à effet «super-maximum» ne produit aucun effet sur le contenu des relations conventionnelles établies entre son auteur et l'auteur de la réserve. Comme c'est le cas pour les objections à effet intermédiaire qui vont au-delà des effets admissibles, de telles objections sont avant tout des objections par lesquelles l'auteur exprime son désaccord avec la réserve. L'application du projet de directive 4.3.5 n'est aucunement limitée aux seules objections simples. Il s'applique à toutes les objections à une réserve valide – y compris donc aux objections à effet «super-maximum».

¹¹⁴ Voir *supra* la note 104.

¹¹⁵ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 106.

¹¹⁶ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. IV.15.

- d. L'effet de l'objection à effet maximum sur les relations conventionnelles (rappel)

79. Dans le cas où l'auteur d'une objection s'est opposé à l'entrée en vigueur du traité dans ses relations avec l'auteur de la réserve – droit qui lui est reconnu par le paragraphe 4 b de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, le traité n'est tout simplement pas en vigueur entre lui et l'auteur de la réserve¹¹⁷. Aucune règle conventionnelle découlant du traité ne s'applique dans leur relation mutuelle. Dans ce cas, il est inutile de discuter la question du contenu d'une relation conventionnelle (par définition inexistante).

b) *L'effet d'une réserve valide sur les normes extraconventionnelles*

80. La définition de la réserve contenue dans le paragraphe 1 d de l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et reprise dans la directive 1.1 du Guide de la pratique précise clairement qu'une réserve vise «à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions *du traité*». De même, en vertu du paragraphe 1 de l'article 21, la réserve établie ne peut que modifier (ou exclure) les «dispositions *du traité* sur lesquelles porte la réserve¹¹⁸». Bien que le paragraphe 3 de l'article 21 ne soit pas aussi précis sur cette question, il renvoie aux «dispositions sur lesquelles porte la réserve», ce qui, conformément à la définition de la réserve, ne peut dire rien d'autre que «certaines dispositions *du traité*».

81. Le texte même des Conventions de Vienne ne laisse donc pas de place au doute : une réserve ne peut modifier ou exclure que les effets juridiques *du traité* ou de certaines de ses dispositions. Elle reste une déclaration unilatérale qui est liée au traité dont elle vise à altérer les effets juridiques et ne constitue pas un acte unilatéral autonome à même de modifier les obligations, voire les droits, de son auteur. L'effet combiné d'une réserve et d'une objection ne peut également pas exclure l'application de normes extérieures au traité.

82. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une réserve à un traité proprement dite, les arguments développés par la France au sujet de sa réserve à sa déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour internationale de Justice faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour lors des affaires des *Essais nucléaires* n'en sont pas moins instructifs à cet égard¹¹⁹. Afin d'établir l'incompétence de la Cour dans ces affaires, la France a soutenu que cette réserve limitait également et d'une façon générale son consentement à la compétence de la Cour, notamment celui donné dans l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux. Dans leur opinion dissidente commune, plusieurs juges de la Haute Juridiction ont réfuté la thèse française :

¹¹⁷ Voir *supra* les paragraphes 17 à 21.

¹¹⁸ Sur les divergences entre le paragraphe 1 d de l'article 2 et le paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne, voir Müller, «Convention de Vienne de 1969 : Article 21», p. 896 à 898, par. 25 et 26.

¹¹⁹ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 101 et 102, par. 18 ; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *ibid.*, p. 137 et 138, par. 16.

[E]n principe, une réserve ne concerne que l'expression, qui a été donnée par un État, de son consentement à s'obliger par un traité ou par un instrument déterminé et les obligations qu'il a assumées en exprimant ainsi son consentement. Par conséquent, l'idée qu'une réserve jointe à un accord international puisse, par un processus qui n'est pas précisé, se surimposer à un autre acte international ou se rattacher à celui-ci est étrangère à la notion même de réserve en droit international ; elle fait en outre bon marché des règles régissant la notification, l'acceptation et le rejet des réserves¹²⁰.

Cette opinion est formulée d'une façon suffisamment large pour ne pas être exclusivement applicable à la situation spécifique des réserves à des déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, mais à toute réserve à un traité international en général. Cette approche a été, par la suite, endossée par la Cour elle-même dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, dans laquelle le Honduras entendait faire primer sa réserve à la déclaration facultative de la compétence obligatoire de la Cour sur ses obligations en vertu de l'article XXXI du Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota). La Cour a cependant considéré qu'une telle réserve

ne saurait en tout état de cause restreindre l'engagement pris par [le Honduras] en vertu de l'article XXXI. Dès lors l'argumentation du Honduras concernant l'effet des réserves à sa déclaration de 1986 sur l'engagement qu'il a pris à l'article XXXI du pacte ne peut pas être accueillie¹²¹.

83. Cet effet relatif de la réserve et des réactions qu'elle entraîne, en ce sens qu'elles ne peuvent modifier ou exclure que les effets juridiques du traité au sujet duquel elles ont été formulées et faites, est la conséquence du principe *pacta sunt servanda*. Un État ou une organisation internationale ne peut pas se délier, par le biais d'une réserve, de son acceptation ou d'une objection à une réserve, des obligations qui lui incombent par ailleurs.

84. Le projet de directive 4.4.1 a pour objet de souligner l'absence d'effet d'une réserve, de son acceptation ou d'une objection sur les obligations conventionnelles découlant d'un autre traité. Seuls les effets juridiques des dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve peuvent être modulés ou exclus.

«4.4 Effets d'une réserve et obligations extraconventionnelles

«4.4.1 Absence d'effet sur l'application de dispositions d'un autre traité

«Une réserve, son acceptation ou une objection ne modifient ni n'excluent les droits et obligations respectifs de leurs auteurs découlant d'un autre traité auquel ils sont parties.»

85. Pas davantage qu'une réserve ne peut influencer les relations conventionnelles préexistantes de son auteur, elle ne peut infléchir les autres obligations, de quelque nature qu'elles soient, liant l'auteur de la réserve en dehors du

¹²⁰ *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, opinion dissidente commune de MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock, p. 350, par. 83.

¹²¹ *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1988*, p. 69, à la page 88, par. 41.

traité. Cela est particulièrement clair en ce qui concerne une réserve faite à une disposition reflétant¹²² des normes coutumières¹²³. Certes, entre l'auteur de la réserve et les parties contractantes à l'égard desquelles la réserve est établie, la réserve produit son effet « normal » prévu par le paragraphe 1 de l'article 21 en créant, entre ces parties, un système normatif spécifique qui est susceptible de déroger à la norme coutumière concernée dans le cadre du traité¹²⁴ – par exemple en imposant des obligations moins exigeantes. Néanmoins, la réserve ne porte aucunement atteinte au caractère obligatoire de la norme coutumière en tant que telle. Elle ne peut pas délier son auteur du respect de la norme coutumière, si elle est en vigueur à son égard, en dehors de ces systèmes normatifs spécifiques¹²⁵. La Cour internationale de Justice a clairement souligné à ce propos qu'un

État ayant formulé une réserve ne serait pas dégagé pour autant des obligations imposées par le droit maritime général en dehors et indépendamment de la Convention sur le plateau continental¹²⁶.

La raison en est simple :

Le fait que les principes [du droit international général et coutumier], et reconnus comme tels sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions¹²⁷.

86. Le fait de modifier ou d'exclure l'application d'une disposition conventionnelle qui reflète une règle coutumière peut donc bel et bien produire ses effets dans le cadre des relations conventionnelles; elle ne porte cependant aucunement atteinte à l'existence et au caractère obligatoire de la norme coutumière en tant que telle.

87. Concrètement, l'effet de la réserve (et des réactions qu'elle entraîne – acceptation ou objection) est d'exclure l'application de la règle *conventionnelle* qui reflète une norme coutumière, ce qui signifie que l'auteur de la réserve n'est pas obligé vis-à-vis des autres parties contractantes de respecter la règle (conventionnelle) dans le cadre du traité; ainsi, par exemple, il n'est pas tenu de se soumettre à l'obligation de recourir à l'arbitrage ou au juge international pour toute question d'interprétation ou d'application de cette règle en dépit d'une clause de règlement figurant dans le traité. Néanmoins, étant donné

¹²² Sur l'utilisation du mot « refléter », voir *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 42 et 43, paragraphe 1 du commentaire relatif à la directive 3.1.8 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière).

¹²³ Sur la question de l'admissibilité de telles réserves, voir *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558, par. 116 à 130, et le paragraphe 1 de la directive 3.1.8. Voir aussi Teboul, « Remarques sur les réserves aux conventions de codification ».

¹²⁴ *Ibid.*, p. 708, par. 32.

¹²⁵ Weil a considéré que « peu importe désormais la volonté manifestée par un État vis-à-vis d'une convention donnée: [...] qu'il fasse des réserves à certaines de ses clauses ou non, [...] il sera de toute manière lié par celles des dispositions de cette convention auxquelles aura été reconnu le caractère de règles de droit international coutumier ou général » (« Vers une normativité relative en droit international ? », p. 43 et 44).

¹²⁶ *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 40, par. 65.

¹²⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392, à la page 424, par. 73.

que la règle coutumière garde toute sa valeur juridique, l'auteur de la réserve n'est pas en tant que tel libre de violer la règle coutumière (par définition identique); il doit la respecter en tant que telle. Le respect ou les conséquences du non-respect de la règle coutumière ne font cependant pas partie du régime juridique créé par le traité, mais ils relèvent du droit international général et évoluent avec celui-ci.

88. Cette manière de voir est par ailleurs partagée par les États qui n'hésitent pas à attirer l'attention de l'auteur de la réserve sur le fait que la règle coutumière reste en vigueur dans leurs relations mutuelles nonobstant leur objection, à l'instar des Pays-Bas dans leur objection à plusieurs réserves concernant le paragraphe 1 de l'article 11 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques :

Le Royaume des Pays-Bas n'accepte pas les déclarations faites par la République populaire de Bulgarie, la République démocratique allemande, la République populaire mongole, la République socialiste soviétique d'Ukraine, l'Union des Républiques socialistes soviétiques, la République socialiste soviétique de Biélorussie et la République démocratique du Yémen concernant le paragraphe 1 de l'article 11 de la Convention. Le Royaume des Pays-Bas est d'avis que cette disposition reste en vigueur dans les relations entre lui-même et lesdits États en vertu du droit international coutumier¹²⁸.

89. La Commission a déjà adopté une directive relative à cette question dans le cadre de la troisième partie du Guide de la pratique sur la validité d'une réserve. Il s'agit de la directive 3.1.8 libellée ainsi :

3.1.8 Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière

1. Le fait qu'une disposition conventionnelle reflète une règle coutumière est un facteur pertinent en vue de la détermination de la validité d'une réserve bien qu'il n'empêche pas par lui-même la formulation de la réserve à cette disposition.

2. Une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une règle coutumière ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de la règle coutumière en question qui continue à s'appliquer à ce titre entre l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve et les autres États ou organisations internationales liés par cette règle¹²⁹.

90. Le paragraphe 2 de cette directive traite, de l'avis du Rapporteur spécial, la question d'une manière satisfaisante. On peut cependant se poser la question de savoir si ce paragraphe est bien placé dans le schéma de l'étude. Il s'agit davantage d'un problème d'effets que d'un problème de validité de la réserve. Peut-être est-il judicieux dans ces conditions de transformer le paragraphe 2 de la directive 3.1.8 en un nouveau projet de directive 4.4.2 :

« 4.4.2 Absence d'effet d'une réserve sur l'application des règles coutumières »

« Une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une règle coutumière ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de la règle coutumière en question

¹²⁸ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. III.3. Sur le fond, le bien-fondé de la remarque des Pays-Bas n'est pas douteux; néanmoins sa formulation est fort discutable: ce n'est pas la *disposition* conventionnelle qui reste en vigueur entre les États réservataires et les Pays-Bas, mais la règle coutumière que reflète cette règle.

¹²⁹ *Annuaire... 2007*, vol. II (2^e partie), p. 33.

qui continue à s'appliquer à ce titre entre l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve et les autres États ou organisations internationales liés par cette règle.»

91. Le principe fondamental est donc qu'une réserve et les réactions qu'elle suscite ne modulent ni n'excluent l'application des autres règles conventionnelles ou coutumières qui lient les parties. Ce principe s'applique évidemment a fortiori lorsque la règle conventionnelle reflète une norme impérative du droit international général (*jus cogens*). À ce sujet, la Commission, après d'âpres discussions, a d'ores et déjà adopté la directive 3.1.9, qui repose en partie sur cette problématique :

3.1.9 Réserves contraires à une règle de jus cogens

Une réserve ne peut pas exclure ou modifier l'effet juridique d'un traité d'une manière contraire à une norme impérative du droit international général¹³⁰.

92. Sans vouloir rouvrir une longue discussion sur le problème (si c'en est un), le Rapporteur spécial est d'avis qu'il serait souhaitable qu'une disposition concernant les effets (ou l'absence d'effets) d'une réserve à une norme de *jus cogens* figure dans la quatrième partie du Guide de la pratique. Plusieurs membres de la Commission ont d'ailleurs exprimé en 2006 le point de vue que la directive 3.1.9 concerne davantage les effets d'une réserve que la question de sa validité¹³¹.

93. Toutefois, contrairement à ce qui est suggéré ci-dessus¹³² s'agissant des réserves à une disposition conventionnelle reflétant une règle coutumière, le Rapporteur spécial ne propose pas de déplacer purement et simplement la directive 3.1.9 dans la quatrième partie du Guide de la pratique : telle qu'elle est rédigée, cette directive ne résout pas de front la question des effets d'une réserve portant sur une disposition reflétant une norme impérative du droit international général.

94. Comme indiqué ci-dessus¹³³, aucune raison ne s'oppose à ce que le principe applicable aux réserves à une disposition reflétant une règle coutumière soit transposé aux réserves portant sur une disposition reflétant une norme impérative. Le projet de directive 4.4.3 pourrait donc être rédigé sur le même modèle que le projet de directive 4.4.2 :

«4.4.3 Absence d'effet d'une réserve sur l'application des normes impératives du droit international général (jus cogens)

«Une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une norme impérative du droit international général (*jus cogens*) ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de la norme en question qui continue à s'appliquer à ce titre entre l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve et les autres États ou organisations internationales liés par cette règle.»

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid., p. 49, paragraphe 12 du commentaire relatif à la directive 3.1.9.

¹³² Voir *supra* le paragraphe 90.

¹³³ Voir *supra* le paragraphe 92.

95. Cela étant, le Rapporteur spécial s'en remet à la sagesse de la Commission pour savoir si le projet de directive 4.4.3 fait double emploi avec la directive 3.1.9 ou si les deux directives peuvent être maintenues dans leurs parties respectives du Guide de la pratique.

2. LES RÉSERVES NON VALIDES

a) *Les réserves non valides et les Conventions de Vienne*

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

97. Les effets que les premiers rapporteurs spéciaux de la Commission prêtaient à une réserve non établie découlaient implicitement de leur adhésion au système traditionnel de l'unanimité : l'auteur de la réserve ne pouvait pas prétendre devenir partie au traité. Au demeurant, il ne s'agissait aucunement de déterminer les effets d'une réserve qui ne respectait pas certaines conditions de validité – il n'existait pas de telles conditions dans ce système entièrement intersubjectif –, mais, plutôt, ceux d'une réserve qui n'avait pas été acceptée par l'ensemble des autres États contractants et qui, pour cette raison, ne devenait pas *part of the bargain between the parties* («élément du contrat intervenant entre les parties») ¹³⁴.

98. Dans cette perspective, le Rapporteur spécial, J. L. Brierly, a estimé en 1950 que l'acceptation d'un traité sous réserve n'a d'effet que lorsque tous les États ou organisations internationales dont le consentement est nécessaire à la validité de cette réserve y ont consenti¹³⁵. 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 assentiment¹³⁶.

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

¹³⁴ Premier rapport sur le droit des traités, de J. L. Brierly, document A/CN.4/23, par. 96 (reprographié, disponible sur le site Web de la Commission) ; pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 241. Voir aussi *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. I, 53^e séance, p. 90, par. 3 (J. L. Brierly).

¹³⁵ Premier rapport sur le droit des traités, de J. L. Brierly, document A/CN.4/23, par. 92 (reprographié, disponible sur le site Web de la Commission) ; pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 240 (projet d'article 10, par. 3).

¹³⁶ Premier rapport sur le droit des traités de M. Hersch Lauterpacht, document A/CN.4/63 (reprographié) ; pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, p. 91 (projet d'article 9).

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 valeur¹³⁷.

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.

99. 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 stade¹³⁸.

Il en découle que les États n'étaient pas libres d'« accepter n'importe quelle clause spéciale sous forme de réserve¹³⁹ », 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

[l]orsque 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 acceptées¹⁴⁰.

100. 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 traité¹⁴¹, le paragraphe 1 du projet d'article 17 de son premier rapport

¹³⁷ *Journal officiel de la Société des Nations*, huitième année, n° 7, p. 881.

¹³⁸ Rapport sur les réserves aux conventions multilatérales, de J. L. Brierly, document A/CN.4/41 (reprographié), par. 11; pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission 1951*, vol. II, p. 3. 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, la Convention portant loi uniforme sur les chèques et le Protocole modifiant la Convention internationale concernant les statistiques économiques.

¹³⁹ Premier rapport sur le droit des traités, de J. L. Brierly, document A/CN.4/23, par. 88 (reprographié, disponible sur le site Web de la Commission); pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 239.

¹⁴⁰ Rapport sur le droit des traités de Sir Gerald Fitzmaurice, *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 118.

¹⁴¹ Voir *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144 et Add.1, p. 74 et 75, par. 10 (Commentaire de l'article 17). Voir aussi les paragraphes 2 et 3 du commentaire relatif à la directive 3.1 (Validité matérielle d'une réserve), *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 152.

reconnaît que, à moins que le traité lui-même n'interdise ou ne limite clairement, expressément ou implicitement, la faculté de faire des réserves, tout État est libre, en vertu de sa souveraineté, de formuler telles réserves qu'il juge bon¹⁴².

Pourtant, Sir Humphrey Waldock 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 pas¹⁴³.

101. Le premier rapport de Sir Humphrey Waldock 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-même¹⁴⁴.

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 contractants¹⁴⁵.

102. 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 le paragraphe 2 b 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

¹⁴² *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 74, par. 9 (commentaire de l'article 17). Voir aussi *ibid.*, p. 76, par. 15 (Commentaire de l'article 18). Voir en outre *ibid.*, vol. I, 651^e séance, p. 160, par. 64 (M. Yasseen); et les conclusions du Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, *ibid.*, 653^e séance, p. 178, par. 57.

¹⁴³ Alfred Verdross a considéré lors de la discussion que lorsque « le traité interdit expressément les réserves [...] il n'y a pas de problème » (*Annuaire... 1962*, vol. I, 652^e séance, p. 166, par. 33), sans pour autant donner une solution concrète quant aux effets de la violation d'une telle interdiction expresse. Les membres de la Commission ont cependant été conscients que le problème est susceptible de se poser, comme le démontre la discussion du projet d'article 27 concernant les fonctions du dépositaire [*ibid.*, 658^e séance, p. 213, par. 59 (Sir Humphrey Waldock); et *ibid.*, 664^e séance, p. 261, par. 82 à 95].

¹⁴⁴ *Ibid.*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 74, par. 9 (Commentaire de l'article 17). Voir, dans le même sens, le premier rapport sur le droit des traités, de J. L. Brierly, document A/CN.4/23, par. 88 (reprographié, disponible sur le site Web de la Commission); pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 239.

¹⁴⁵ Projet d'article 17, par. 1 b, premier rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, 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 dans son quatrième rapport sur le droit des traités, *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 53. Sur la question du consentement unanime des États contractants et des organisations contractantes, voir par. 204 à 209 *infra*.

vigueur entre l'État qui fait objection et l'État qui a formulé la réserve, sauf intention contraire exprimée par l'État qui fait objection¹⁴⁶.

Il ressort également de cette formule que l'effet de l'objection – elle aussi soumise (alors) à la condition de la compatibilité avec l'objet et le but conformément à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant les *Réserves à la Convention sur le génocide*¹⁴⁷ – n'était prévu que pour le cas des réserves contraires (ou considérées comme contraires) à l'objet et au but du traité. Toutefois, à la suite des 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 formule¹⁴⁸ 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 des Nations Unies sur le droit des traités et le resteront jusqu'à l'adoption de la Convention de Vienne de 1969.

103. 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 20¹⁴⁹. Une réserve qui n'est pas valide ne satisfait clairement pas ces conditions cumulatives indépendamment de son acceptation par une partie contractante.

104. Cette précision n'est cependant pas reprise dans le paragraphe 3 de l'article 21 concernant les objections aux réserves. Mais il n'en résulte pas que la Convention détermine les effets juridiques d'une réserve non valide qui a fait l'objet d'une objection: pour qu'une telle objection puisse produire l'effet prévu au paragraphe 3 de l'article 21, il faudra, conformément au paragraphe 4 c de

¹⁴⁶ *Annuaire...* 1962, vol. II, p. 194.

¹⁴⁷ 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 sur le génocide* (voir *supra* la note 2), 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 Koh, «Reservations to multilateral treaties: how international legal doctrine reflects world vision», p. 88 à 95.

¹⁴⁸ Quatrième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, *Annuaire...* 1965, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 55, par. 9 (Observations et propositions du Rapporteur spécial). Le paragraphe 4 du projet d'article 19 proposé par Sir Humphrey Waldock 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» (ibid., p. 53).

¹⁴⁹ Voir *Annuaire...* 2009, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 199 et suiv.

l'article 20, au moins une acceptation¹⁵⁰; or les effets de l'acceptation d'une réserve non valide ne sont pas régis par la Convention.

105. Les travaux de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités confirment clairement que la Convention de Vienne de 1969 ne traite aucunement des conséquences des réserves non valides et encore moins de leurs effets. Les États-Unis proposèrent lors de la première session de la Conférence, en 1968, d'ajouter, dans la phrase introductive du paragraphe 4 du futur article 20, après les termes «Dans les cas non visés aux paragraphes précédents du présent article», la précision suivante: «et à moins que la réserve ne soit interdite en vertu de l'article 16 [futur article 19]¹⁵¹». 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 faite¹⁵².

106. Bien que cela ressorte à peine des explications de H. Briggs, qui mettent surtout l'accent sur l'extension des critères de validité d'une réserve aux acceptations et aux objections, l'amendement des États-Unis aurait indéniablement eu pour effet que le système des acceptations et des objections aux réserves établi au paragraphe 4 de l'article 20 aurait été limité aux seules réserves qui satisfont aux critères de validité de l'article 19. L'acceptation ou l'objection à une réserve non valide sont clairement exclues du champ d'application de cet amendement¹⁵³ 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 incompatibles¹⁵⁴». Sir Humphrey Waldock, 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 16¹⁵⁵».

¹⁵⁰ Voir *supra* les paragraphes 25 et 26.

¹⁵¹ A/CONF.39/C.1/L.127, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 19], p. 147, par. 179 v) d.

¹⁵² *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 22], 21^e séance de la Commission plénière, p. 118, par. 11.

¹⁵³ La raison pour laquelle la même restriction ne devrait pas être applicable aux cas prévus par le paragraphe 2 (traités devant faire l'objet d'une application intégrale) et par le paragraphe 3 (actes constitutifs d'organisations internationales) n'est cependant pas tout à fait claire.

¹⁵⁴ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 22], 24^e séance de la Commission plénière, p. 144, par. 77.

¹⁵⁵ Ibid., 25^e séance de la Commission plénière, p. 144, par. 4. L'article 16 du projet d'articles est devenu l'article 19 de la Convention.

107. L'amendement «réactionnel» des États-Unis fut renvoyé au Comité de rédaction¹⁵⁶. Pourtant, ni le texte adopté provisoirement par le Comité et présenté à la Commission plénière, le 15 mai 1968¹⁵⁷, ni le texte finalement adopté par la Commission plénière et renvoyé à la Conférence plénière¹⁵⁸ ne contiennent la formule proposée par les États-Unis sans que cette décision soit expliquée dans les travaux publiés de la Conférence. Il est cependant clair que la Commission du droit international et la Conférence ont considéré que le cas des réserves non valides ne faisait pas l'objet de règles expresses adoptées à la suite de leurs travaux et que les dispositions de la Convention de Vienne ne s'appliquent pas en tant que telles à cette situation.

108. 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 des Nations Unies sur le droit des traités de 1986, la question des effets éventuels d'une réserve formulée en dépit des conditions de validité n'a pas été abordée. Pourtant, Paul Reuter, Rapporteur spécial de la Commission sur le sujet, a reconnu que «[m]ême pour les traités entre États, la question des réserves a toujours été une question difficile et controversée, et même les dispositions de la Convention de Vienne n'ont pas mis fin à toutes les difficultés¹⁵⁹». Néanmoins, «le Rapporteur spécial a jugé prudent de ne pas s'écarter de [la Convention de Vienne de 1969] pour ce qui est de la conception des réserves¹⁶⁰».

109. Dans ses commentaires sur l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, le Royaume-Uni a, au moins en principe¹⁶¹, également reconnu que la Convention de Vienne de 1969 ne régit pas la question des réserves non valides. Il a expliqué ceci :

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

¹⁵⁶ Ibid., p. 147, par. 38.

¹⁵⁷ A/CONF.39/C.1/L.344, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 19], p. 149, par. 185.

¹⁵⁸ 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...* (A/CONF.39/11/Add.1) [voir *supra* la note 27], 85^e séance de la Commission plénière, p. 236, par. 33 et 34. Pour le texte de cette disposition, voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 19], p. 258, par. 57.

¹⁵⁹ Dixième rapport sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, de Paul Reuter, *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/341 et Add.1, p. 58, par. 53. Le Rapporteur spécial s'est référé aux écrits d'Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux* et «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977...».

¹⁶⁰ *Annuaire... 1977*, vol. I, 1434^e séance, p. 98, par. 4.

¹⁶¹ Voir *infra* la note 209. Bien que le Royaume-Uni considère que les réserves non valides ne sont pas régies par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, la solution qu'il propose revient cependant à leur appliquer purement et simplement le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions.

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*¹⁶².

110. 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 valide¹⁶³. Lors de la présentation de son dixième rapport sur les réserves aux traités, et en particulier de la question des conséquences de la non-validité d'une réserve¹⁶⁴, le Rapporteur spécial a souligné ceci :

Il s'agit de l'une des lacunes les plus graves des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 en la matière – car elles sont muettes sur ce point. On a parlé à cet égard de «vide normatif», et ce vide est d'autant plus préoccupant que les travaux préparatoires ne donnent guère d'indications claires sur les intentions des auteurs de la Convention de 1969 mais donnent au contraire à penser que c'est délibérément qu'ils ont laissé la question en suspens. Mais ce qui était acceptable dans le cadre d'un traité général consacré au droit des traités en raison des querelles suscitées par la question ne l'est plus dès lors qu'il s'agit justement de combler les lacunes des Conventions de Vienne en matière de réserves¹⁶⁵.

111. 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 actuelle¹⁶⁶.

Dès lors, conformément à la méthode de travail proposée et suivie par le Rapporteur spécial et par la Commission dans le cadre de l'élaboration du Guide de la pratique¹⁶⁷, 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,

¹⁶² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, p. 138, par. 13.

¹⁶³ Dans ce sens, voir également Gaja, «Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili»; Simma, «Reservations to human rights treaties», p. 663; Tomuschat, «International law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century», p. 321.

¹⁶⁴ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 191 et suiv., par. 181 à 208.

¹⁶⁵ *Annuaire... 2006*, vol. I, 2888^e séance, p. 138, par. 32.

¹⁶⁶ *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/470, p. 166, par. 161.

¹⁶⁷ 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 de 1969 et de 1986. 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» [*Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 144, par. 142]. Toutefois, au sein de la Sixième Commission, il a été dit qu'il s'agissait d'une question centrale de l'étude [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Sixième Commission*, 17^e séance (A/C.6/61/SR.17), par. 5 (France)]. Plusieurs délégations ont approuvé l'idée de la nullité d'une réserve non valide [ibid., 16^e séance (A/C.6/61/SR.16), par. 43 (Suède); ibid., par. 51 (Autriche); et ibid., 17^e séance (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 [ibid., 16^e séance (A/C.6/61.SR.16), par. 59 (Canada)]. Voir également *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 14.

d'en lever les ambiguïtés mais en préservant leur souplesse et leur flexibilité¹⁶⁸ ».

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

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

i) *La nullité de la réserve non valide*

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

3.3.2 Nullité des réserves non valides

Une réserve ne remplissant pas les conditions de validité posées dans la directive 3.1 est nulle de plein droit¹⁶⁹.

114. Cette proposition était justifiée par les considérations suivantes :

Il est prématuré pour la Commission de prendre position sur la question de savoir si la nullité de la réserve vicie le consentement à être lié lui-même : ce point divise la doctrine et ne pourra être tranché que lorsque le rôle de l'acceptation des, et des objections aux, réserves aura été étudié de manière plus approfondie. Il n'en reste pas moins qu'il paraît raisonnable de consacrer d'ores et déjà la solution sur laquelle s'accordent les tenants de la permissibilité et ceux de l'opposabilité, également conforme aux positions prises par les organes de contrôle des traités de droits de l'homme [*Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/477 et Add.1, p. 76 à 78, par. 194 à 201] et selon laquelle le non-respect des conditions de validité de la formulation des réserves posées à l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et reprises dans le projet de directive 3.1 entraîne la nullité de la réserve. En d'autres termes, s'il n'est pas encore possible pour la Commission de se prononcer sur les conséquences de la nullité de la réserve, elle peut, en revanche, poser, dans un projet de directive 3.3.2, le principe de la nullité des réserves non valides¹⁷⁰.

115. Plusieurs membres de la Commission ont exprimé le point de vue que l'examen du projet de directive 3.3.2, au stade où en étaient alors les travaux de la Commission sur le sujet, était prématuré¹⁷¹ et qu'il devrait être renvoyé à l'examen de la question des effets juridiques des réserves. Bien que le bien-fondé du principe de la nullité d'une réserve non valide n'ait pas été remis en question et ait été jugé convaincant et utile¹⁷², il a été souligné que la

formulation du projet de directive 3.3.2 semble impliquer qu'une réserve non valide n'aurait aucune conséquence quant à la participation de l'État réservataire au traité¹⁷³.

116. L'examen du projet de directive 3.3.2 a été reporté, à la suite de la discussion au sein de la Commission, pour être considéré avec la question des effets d'une réserve non valide¹⁷⁴.

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

118. 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 permettait¹⁷⁵.

Le *Dictionnaire de droit international public* 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 validité¹⁷⁶.

119. C'est exactement le cas de la réserve qui ne remplit pas les critères de validité de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 : 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.

120. Le principe même de la nullité a par ailleurs été accueilli favorablement par plusieurs délégations lors de l'examen du Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session au sein de la Sixième Commission. Seule la Chine a exprimé le point de vue qu'on peut difficilement conclure qu'une réserve était non valide *ab initio* étant donné que les autres parties contractantes sont libres de l'accepter ou

¹⁶⁸ *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/470, p. 166, par. 163.

¹⁶⁹ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 195, par. 200.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Annuaire... 2006*, vol. I, 2888^e séance, p. 141, par. 52 (M. Matheson); *ibid.*, 2889^e séance, p. 144, par. 29 (M. Gaja); *ibid.*, 2890^e séance, p. 146, par. 10 (M. Fomba); *ibid.*, p. 148, par. 33 (M. Yamada); *ibid.*, p. 150, par. 48 (M. Mansfield).

¹⁷² *Ibid.*, 2890^e séance, p. 146, par. 10 (M. Fomba); *ibid.*, par. 13 (M. Kemicha); *ibid.*, p. 147, par. 16 (M. Economides); *ibid.*, par. 23 (M. Chee); *ibid.*, p. 148, par. 33 (M. Yamada); *ibid.*, p. 150, par. 48

(M. Mansfield); *ibid.*, p. 151, par. 51 (M. Rodríguez Cedeño). Un point de vue qui restait isolé consistait à suggérer de ne pas inclure dans le Guide de la pratique des propositions qui tenteraient de défaire le régime juridique établi par la Convention de Vienne de 1969, qui, délibérément, ne s'est pas prononcé sur la question des effets d'une réserve non valide, mais laisse l'appréciation de cette validité à l'auteur de la réserve [*ibid.*, 2889^e séance, p. 142 et 143, par. 12 (M. Rao)].

¹⁷³ *Ibid.*, p. 144, par. 29 (M. Gaja). Voir aussi *ibid.*, 2890^e séance, p. 151, par. 56 (M^{me} Xue).

¹⁷⁴ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 145, par. 157.

¹⁷⁵ Cité par Guggenheim, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », p. 208.

¹⁷⁶ Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, p. 760 (« Nullité »).

non¹⁷⁷. Cette position¹⁷⁸, qui reflète fidèlement l'école de l'« opposabilité », fait cependant abstraction de l'existence même de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. S'en remettre à la seule appréciation des parties contractantes pour la détermination de la validité d'une réserve revient en fin de compte à refuser tout effet utile à ces dispositions qui, pourtant, occupent une place tout à fait centrale dans le régime de Vienne et sont formulées (*a contrario* au moins) non pas comme s'il s'agissait d'éléments dont les États et les organisations internationales devraient tenir compte, mais bien de termes prescriptifs¹⁷⁹. En outre, cet argument présuppose que les États peuvent effectivement accepter une réserve qui ne remplit pas les critères de validité posés par la Convention de Vienne de 1969 ou par celle de 1986 ; cela est loin d'être établi. Il apparaît au contraire que l'acceptation expresse d'une réserve non valide n'est pas susceptible de « valider » la réserve¹⁸⁰ et est, en elle-même, non valide¹⁸¹.

121. Plusieurs autres États ont exprimé le point de vue qu'une réserve non valide doit être considérée comme nulle et non avenue¹⁸², tout en soulignant que les conséquences concrètes de cette nullité doivent être précisées¹⁸³. M^{me} Hammarskjöld, représentante de la Suède, s'exprimant au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), a souligné avec vigueur ce qui suit :

L'article 19 de la Convention de Vienne explique clairement qu'une réserve incompatible avec l'objet et le but d'un traité ne peut faire partie des relations conventionnelles entre les États. Une réserve non valide doit donc être considérée comme nulle et non avenue¹⁸⁴.

Et de continuer :

La pratique consistant à écarter les réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité est tout à fait conforme à l'article 19 de la Convention de Vienne, qui dit clairement que les réserves de ce genre ne doivent pas faire partie des relations réglées par le traité¹⁸⁵.

122. La nullité d'une réserve non valide ne relève nullement de la *lex ferenda*¹⁸⁶ ; elle est solidement établie dans la pratique étatique.

¹⁷⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Sixième Commission, 16^e séance (A/C.6/61/SR.16)*, par. 65.

¹⁷⁸ Voir également la position du Portugal (*ibid.*, par. 79).

¹⁷⁹ « Un État, au moment [...] peut formuler une réserve, à moins », ce qui signifie sans aucun doute qu'un État *ne peut pas* formuler une réserve *si...*

¹⁸⁰ Voir *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 195 et 196, par. 201 et 202.

¹⁸¹ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 86, note 371. Voir aussi *infra* les paragraphes 204 à 209.

¹⁸² Suède, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) [*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Sixième Commission, 16^e séance (A/C.6/61/SR.16)*, par. 43 à 45] ; Autriche (*ibid.*, par. 51) ; France [*ibid.*, 17^e séance (A/C.6/61/SR.17), par. 5 à 7]. Voir également Suède, au nom des pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) [*ibid.*, *soixantième session, Sixième Commission, 14^e séance (A/C.6/60/SR.14)*, par. 22 et 23].

¹⁸³ Canada [*ibid.*, *soixante et unième session, Sixième Commission, 16^e séance (A/C.6/61/SR.16)*, par. 59] ; France [*ibid.*, 17^e séance (A/C.6/61/SR.17), par. 5].

¹⁸⁴ *Ibid.*, 16^e séance (A/C.6/61/SR.16), par. 44. Voir cependant *ibid.*, par. 79 (Portugal).

¹⁸⁵ *Ibid.*, par. 45.

¹⁸⁶ Voir cependant *ibid.*, par. 79 (Portugal).

123. 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 ». Déjà, en 1982,

[l]e Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques [a] consid[éré] comme nulle et non avenue la réserve faite par le Gouvernement du Royaume d'Arabie saoudite lors de son adhésion à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961, car cette réserve [allait] à l'encontre de l'une des dispositions essentielles de ladite Convention, à savoir que « la valise diplomatique ne doit être ni ouverte ni retenue »¹⁸⁷.

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 Pacte¹⁸⁸.

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 de leur élimination. Les Pays-Bas ont précisé dans leur objection que

le 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 avenue¹⁸⁹.

Les Gouvernements finlandais et suédois ont également précisé dans leurs objections qu'ils « considèrent ces déclarations comme nulles et non avenues¹⁹⁰ ». Les réactions de la Suède à des réserves jugées non valides sont d'ailleurs fréquemment assorties de cette précision, indépendamment de la question de savoir si la réserve est interdite par le traité¹⁹¹, si elle a été formulée tardivement¹⁹² ou si elle n'est pas conforme à l'objet et au but du traité¹⁹³. Dans cette dernière catégorie, la réaction

¹⁸⁷ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. III.3.

¹⁸⁸ *Ibid.*, chap. IV.4.

¹⁸⁹ *Ibid.*, chap. XXVII.3. Le paragraphe 1 de l'article 26 de la Convention de Bâle dispose ceci : « Aucune réserve ou dérogation ne pourra être faite à la présente Convention. »

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² 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 faites 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.*). L'Italie 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.*).

¹⁹³ Voir les objections de la Suède aux réserves formulées par les Maldives et par la Mauritanie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (*ibid.*, chap. IV.4) ; ses objections aux réserves formulées par Bahreïn, par Brunéi Darussalam, par les Émirats arabes unis, par les États fédérés de Micronésie, par Oman et par la République populaire démocratique de Corée 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).

suédoise à la déclaration formulée par la République démocratique allemande concernant la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹⁹⁴ 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 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 traités¹⁹⁵.

124. 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 de 1969 et de 1986 rappelées dans le projet de directive 3.1 (Validité substantielle d'une réserve)¹⁹⁶.

125. 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 valide¹⁹⁷. Ce n'est, par ailleurs, pas l'objectif de ces objections et ce n'est pas ainsi qu'il convient de les comprendre. Toutefois, et cela 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 valide¹⁹⁸. Comme le représentant de la Suède, s'exprimant au nom des pays nordiques, au sein de la Sixième Commission l'a relevé :

En théorie, le fait de formuler une objection ne contribue pas à établir la non-validité d'une réserve, mais sert simplement à y attirer l'attention. Une objection n'a donc aucun effet juridique propre et il n'est même pas nécessaire de la considérer comme une objection. Par conséquent, le délai maximum de 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 important¹⁹⁹.

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

¹⁹⁴ La République démocratique allemande avait en effet déclaré lors de la signature et de la ratification de la Convention qu'elle « ne participera[it] 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 *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/491 et Add.1 à 6, p. 262, par. 217.

¹⁹⁵ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. IV.9.

¹⁹⁶ Voir aussi *infra* les paragraphes 192 à 223.

¹⁹⁷ Voir aussi Klabbars, « Accepting the unacceptable? A new Nordic approach to reservations to multilateral treaties », p. 184.

¹⁹⁸ Voir aussi la directive 3.2 (Appréciation de la validité substantielle des réserves), *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 96.

¹⁹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Sixième Commission*, 14^e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 22.

127. On peut néanmoins se poser la question de savoir si ce projet de directive doit rester dans la troisième partie du Guide de la pratique, consacrée aux questions de la validité des réserves et des déclarations interprétatives, ou si, tout compte fait, il est plus judicieux de l'intégrer dans la quatrième partie du Guide, consacrée aux effets. D'un point de vue purement théorique et étant donné la signification du terme « nullité »²⁰⁰ – il s'agit de ce qui caractérise l'acte non valide –, la place originellement accordée à ce projet de directive semble être tout à fait adaptée. La « nullité » est en effet une des « conséquences de la non-validité d'une réserve »²⁰¹. Il ne s'agit pas, en soi, d'un effet juridique.

128. Toutefois, la troisième partie, et notamment ses trois premières sections, concernent uniquement la validité *substantielle* des réserves. Or, il n'y a aucune raison d'exclure des conditions de validité d'une réserve – dont le non-respect rend la réserve nulle – celles qui concernent la forme. Une réserve qui n'a pas été formulée par écrit²⁰², qui n'a pas été notifiée aux autres parties intéressées²⁰³ ou qui a été formulée tardivement²⁰⁴ ne peut pas non plus, en principe, produire d'effets juridiques ; elle est nulle de plein droit. Le renvoi à la seule directive 3.1 reprenant l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 dans le projet de directive 3.3.2 tel qu'il avait été proposé semble donc trop limité. À la réflexion, cette double cause de nullité plaide également pour l'inclusion de ce projet dans la quatrième partie du Guide plutôt que dans la troisième²⁰⁵.

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

« 4.5 Effets d'une réserve non valide

« 4.5.1 Nullité d'une réserve non valide

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

²⁰⁰ Voir *supra* le paragraphe 118.

²⁰¹ C'est l'intitulé de la section 3.3, dans laquelle il était proposé d'insérer le projet de directive 3.3.2.

²⁰² Art. 23, par. 1, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Voir aussi la directive 2.1.1 (Forme écrite), *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), p. 26.

²⁰³ Art. 23, par. 1, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Voir aussi la directive 2.1.5 (Communication des réserves), *ibid.*, p. 27.

²⁰⁴ 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) et les commentaires y relatifs, *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 90 et 91, et *Annuaire... 2004*, vol. II (2^e partie), p. 113 à 115.

²⁰⁵ Au surplus, la directive 4.5 serait l'équivalent pour les réserves non valides de ce que sera la directive 4.1 pour les réserves valides (« Réserves établies ») : l'une comme l'autre concernent les deux catégories de conditions (matérielles ou formelles) pour qu'une réserve doive être considérée comme « établie » dans un cas (à condition qu'elle soit en outre acceptée par au moins un autre État contractant ou organisation contractante) ou « non valide » dans l'autre cas.

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

130. Le simple constat de la nullité de la réserve ne résout cependant pas la question des effets – ou de l'absence d'effets – de cette nullité sur le traité et les relations conventionnelles qui sont susceptibles d'être établies entre l'auteur de la réserve et les autres parties contractantes ; or, comme le montrent les développements précédents, les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne donnent aucune indication quant à cette question. Il faut donc se référer aux principes de base qui imprègnent l'ensemble du droit des traités (à commencer par les règles applicables aux réserves) et d'abord au principe du consentement.

131. 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 au paragraphe 4 b de l'article 20 et au paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 – même s'il peut paraître surprenant qu'elle soit principalement (mais non exclusivement) le fait des États occidentaux qui, lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, avaient manifesté une grande réticence à l'égard de l'inversion de la présomption vigoureusement appuyée par les pays de l'Est²⁰⁶. Mais le maintien en vigueur *du traité* laisse entière la question de savoir ce qu'il advient *de la réserve*.

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

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 Convention²⁰⁷,

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 ceci :

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*²⁰⁸.

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.

133. La solution préconisée par l'objection belge, qui est assez isolée²⁰⁹, semble correspondre à ce qui est prévu au paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 dans le cas d'une objection simple²¹⁰.

134. Elle n'en est pas moins fort contestable. En effet, elle ne tire aucune conséquence concrète de la nullité de la réserve, mais la traite de la même façon qu'une réserve valide en réintégrant, par la petite porte, ce qui a été exclu par les auteurs des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986²¹¹. Sans doute rien dans le texte du paragraphe 3 de

²⁰⁹ Voir cependant l'objection des Pays-Bas à la réserve formulée par les États-Unis au Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

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

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

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

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

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

Dans ses commentaires 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 : « [...] le 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 (voir *supra* la note 162), 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). Cette position a été cependant modifiée ultérieurement (voir *infra* la note 213).

²¹⁰ Voir *supra* les paragraphes 31 à 64.

²¹¹ Voir les commentaires du Royaume-Uni sur l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), vol. I, p. 138, par. 13. Voir aussi le document de travail élargi de M^{me} Françoise Hampson, présenté conformément à la décision 2001/17 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2), par. 16.

²⁰⁶ Voir *supra* les paragraphes 10 à 16. Voir aussi le paragraphe 1 du commentaire relatif à la directive 2.6.8 (Expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité), *Annuaire...* 2008, vol. II (2^e partie), p. 93.

²⁰⁷ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. III.3.

²⁰⁸ *Ibid.*

l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne suggère-t-il expressément qu'il ne s'applique pas au cas des réserves non valides, mais il ressort clairement des travaux préparatoires que cette question n'était plus considérée comme relevant du projet d'article qui est à l'origine de cette disposition²¹².

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

Une réserve incompatible avec l'objet et le but d'un traité n'étant pas conforme à l'article 19, elle ne saurait avoir les effets juridiques prévus à l'article 21. Lorsque le paragraphe 3 de l'article 21 indique que les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux États, dans la mesure prévue par la réserve, il fait référence aux réserves autorisées en vertu de l'article 19. Il serait déraisonnable d'appliquer la même règle aux réserves qui ne sont pas compatibles avec l'objet et le but d'un traité. Une réserve de ce type devrait plutôt être considérée comme non valide et sans effet juridique²¹³.

136. 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.

137. Ainsi le Royaume-Uni a-t-il fait, lors de la ratification des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Conventions de Genève de 1949), une objection aux réserves formulées par plusieurs États d'Europe de l'Est tout en précisant que

s'il considère tous les États susmentionnés comme Parties aux Conventions en question, il ne reconnaît pas comme valides les réserves susmentionnées desdits États et que, par conséquent, il considérera toute application d'une de ces réserves comme une infraction à la Convention en cause²¹⁴.

138. Le Bélarus, la Bulgarie, la Russie et la Tchécoslovaquie ont également fait des objections à la « déclaration interprétative » des Philippines à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer tout en considérant

²¹² Voir *supra* les paragraphes 100 à 108.

²¹³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Sixième Commission*, 14^e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 22. Voir également Malaisie [ibid., 18^e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 86] et Grèce [ibid., 19^e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 39], ou encore le rapport de la réunion du Groupe de travail sur les réserves soumis à la dix-neuvième réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et à la sixième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (HRI/MC/2007/5), par. 18 (« il n'était pas envisageable qu'un État réservataire demeure partie à un instrument à l'exclusion de la disposition rendue inopérante par sa réserve »).

²¹⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 278, n° 973, p. 268. Voir également les objections identiques des États-Unis jointes aux quatre Conventions de Genève. Celle faite à la Convention de Genève 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 » (ibid., vol. 213, n° 972, p. 383).

que cette réserve était dépourvue de toute valeur ou de tout effet juridique²¹⁵. 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 dégradants²¹⁶, largement critiquée par plusieurs États, qui ont considéré

toute déclaration de cette nature comme étant dépourvue d'effets juridiques et ne pouvant en aucune façon amoindrir l'obligation qu'a un gouvernement d'assumer sa part des dépenses du Comité conformément aux dispositions de la Convention²¹⁷.

Et le Portugal, qui a cependant manifesté des doutes quant à la nullité d'une réserve non valide²¹⁸, a souligné ceci dans son objection à la réserve formulée par les Maldives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes :

En outre, le Gouvernement portugais considère que ces réserves ne peuvent pas changer ou modifier à aucun égard les obligations découlant de la Convention pour tout État partie²¹⁹.

139. La pratique étatique est très développée – et fondamentalement homogène – et ne se limite aucunement à quelques États particuliers. Les objections récentes de la Finlande²²⁰ ou de la Suède²²¹, et aussi celles d'autres États comme la Belgique²²², l'Espagne²²³, les Pays-Bas²²⁴,

²¹⁵ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. XXI.6.

²¹⁶ Voir *supra* la note 194.

²¹⁷ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. IV.9.

²¹⁸ Voir *supra* la note 184.

²¹⁹ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. IV.8.

²²⁰ 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 (ibid., chap. IV.2), aux réserves faites par le Koweït, le Lesotho, la Malaisie, le Pakistan et Singapour 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, d'Oman, du Qatar et de Singapour à la Convention relative aux droits de l'enfant (ibid., chap. IV.11) et dernièrement à la réserve des États-Unis lors de leur consentement à être liés par le Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques (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 (ibid., chap. XXVI.2).

²²¹ Voir l'objection suédoise à la réserve des États-Unis formulée lors de leur consentement à être liés par le Protocole III 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 entr[e] en vigueur dans son intégralité entre les deux États, sans que les États-Unis d'Amérique puissent se prévaloir de leur réserve ».

²²² 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 aux 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 dépourvus d'effet en droit international » (ibid., chap. IV.11).

²²³ 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).

²²⁴ 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

la République tchèque²²⁵ ou encore la Slovaquie²²⁶, voire même de certaines organisations internationales²²⁷, sont bien souvent assorties du constat que la réserve non valide est dépourvue d'effet juridique.

140. 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 nullité²²⁸, a été également affirmée par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 sur les questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou des Protocoles facultatifs s'y rapportant ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte par la jurisprudence internationale de 1994. Le Comité a ainsi considéré que l'un des aspects de la « conséquence normale » de la non-validité d'une réserve est, entre autres, que son auteur ne peut pas bénéficier de sa réserve²²⁹. Il est significatif que, malgré

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).

²²⁵ 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).

²²⁶ Voir l'objection slovaque à la réserve du Pakistan au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, précisant que « le Pakistan ne peut se prévaloir de la réserve qu'il a formulée » (ibid., chap. IV.3), ou encore celle formulée par le Qatar à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : « Cette objection n'empêche pas l'entrée en vigueur de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes entre la République slovaque et l'État du Qatar. La Convention entre en vigueur dans son intégralité entre la République slovaque et l'État du Qatar, sans que l'État du Qatar puisse se prévaloir des réserves et déclarations » (ibid., chap. IV.8).

²²⁷ 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 douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR (Convention TIR). Dans les deux objections identiques, leurs auteurs ont considéré ceci : « De par son contenu, la déclaration faite [...] au sujet de l'article 52, paragraphe 3, offre toutes les apparences d'une réserve à cette disposition, alors qu'une telle réserve est expressément interdite par la Convention. La Communauté et ses États membres estiment, par conséquent, que cette déclaration ne saurait en aucun cas leur être opposable et ils la considèrent dépourvue de tout effet » (ibid., chap. XI.A.16).

²²⁸ Voir *supra* le paragraphe 118.

²²⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (voir *supra* la note 162), p. 127 et 128, par. 18. Voir également le document de travail final présenté par M^{me} Françoise Hampson à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2004/42) sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme, 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 le document de travail élargi de M^{me} Hampson (voir *supra* la note 211), 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 *infra* les paragraphes 145 à 191).

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 position²³⁰.

141. Le Comité des droits de l'homme a ultérieurement confirmé cette conclusion de son observation générale n° 24 à l'occasion de l'examen de la communication *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*. Dans sa décision sur la recevabilité de la demande²³¹, 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 international relatif aux droits civils et politiques 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 capitale²³². Le Comité, se fondant sur la nature discriminatoire de la réserve, a considéré qu'elle « ne p[ouvait] être déclarée compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif²³³ ». Et le Comité de conclure :

La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif²³⁴.

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 établie²³⁵, ni celui d'une réserve valide qui a fait l'objet d'une objection²³⁶. Elle ne produit aucun effet.

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

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 (« 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

²³⁰ Voir les observations des États-Unis [*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (voir *supra* la note 162), annexe VI, p. 130 à 134], du Royaume-Uni (ibid., p. 134 à 139) et de la France [ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 40* (A/51/40), vol. I, annexe VI, p. 105 à 108].

²³¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 40* (A/55/40), vol. II, annexe XI, communication n° 845/1999, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, décision du 2 novembre 1999.

²³² Conformément à l'autre élément des conclusions de son observation générale n° 24, le Comité postule que l'État partie était demeuré lié par le Protocole; même si l'on admet que la Trinité-et-Tobago avait pu se retirer du Protocole pour le ratifier à nouveau aussitôt (point sur lequel le Rapporteur spécial ne prend pas position ici), cela, en revanche, ne va pas de soi (voir *infra* les paragraphes 165 à 191).

²³³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 40* (A/55/40), vol. II, annexe XI, communication n° 845/1999, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, décision du 2 novembre 1999, par. 6.7.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 262 à 267.

²³⁶ Voir *supra* les paragraphes 1 à 79.

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»²³⁷.

143. La Cour européenne des droits de l'homme a suivi cette approche dans son principe dans les affaires *Weber c. Suisse*²³⁸, *Belilos c. Suisse*²³⁹ et *Loizidou c. Turquie*²⁴⁰. Dans les trois affaires, la Cour, après avoir constaté la non-validité des réserves suisse et turque, a appliqué la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) comme si les réserves n'avaient pas été formulées. Elles n'ont par conséquent produit aucun effet juridique.

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

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

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

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

145. Le projet de directive 4.5.2 – qui ne constitue que la suite logique du projet de directive 4.5.1 (et pourrait peut-être constituer le second paragraphe de cette disposition) – ne résout cependant pas toutes les questions concernant les effets de la nullité d'une réserve non valide. Bien qu'il soit établi qu'une telle réserve ne peut pas produire d'effet juridique, il reste en effet indispensable de répondre à la question de savoir si son auteur devient partie contractante sans le bénéfice de sa réserve ou si la nullité de sa réserve affecte également son consentement à être lié par le traité. En effet, ces deux solutions satisfont au principe consacrant l'absence d'effet juridique de la réserve : soit le traité entre en vigueur pour l'auteur de la réserve sans que ce dernier puisse se prévaloir de sa réserve non valide qui ne déploie dès lors pas les effets visés ; soit le traité n'entre pas en vigueur à l'égard de l'auteur de la réserve et, à l'évidence, la réserve ne produit pas d'effet non plus – aucune relation conventionnelle n'existe²⁴¹. De l'avis du Rapporteur spécial, il est souhaitable – et possible – de trouver un moyen terme (de fait) entre ces deux positions apparemment irréconciliables (et que les partisans de l'une et de l'autre se sont, un temps, employés à présenter comme inconciliables).

²³⁷ *Hilaire c. Trinité-et-Tobago*, exceptions préliminaires, 1^{er} septembre 2001, 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 cette dernière décision, 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.

²³⁸ *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990, par. 36 à 38, série A n° 177.

²³⁹ *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, par. 60, série A n° 132.

²⁴⁰ *Loizidou c. Turquie*, exceptions préliminaires, 23 mars 1995, par. 89 à 98, série A n° 310.

²⁴¹ Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», p. 52; Goodman, «Human rights treaties, invalid reservations, and State consent», p. 531.

a. Les deux solutions possibles

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

147. Cette manière de voir se trouve confirmée par la pratique, suivie notamment par les États nordiques²⁴², de ce que l'on est convenu d'appeler objections à effet (ou à visée) «super-maximum»²⁴³, 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 réserve²⁴⁴.

148. Ces objections auxquelles les États nordiques – qui ne sont cependant pas à l'origine de cette pratique²⁴⁵ – 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'Autriche²⁴⁶, la République tchèque²⁴⁷ et les Pays-Bas²⁴⁸ ont également entendu faire produire un effet «super-maximum» à leurs objections aux réserves salvadorienne et thaïlandaise à la Convention relative aux droits des personnes handicapées.

²⁴² Sur cette pratique, voir notamment Klabbers, «Accepting the unacceptable? A new Nordic approach to reservations to multilateral treaties», p. 183 à 186.

²⁴³ Voir Simma, «Reservations to human rights treaties: some recent developments», p. 667 et 668. Voir également *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/535 et Add.1, p. 50, par. 96, et *supra* les paragraphes 74 à 78.

²⁴⁴ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. IV.15. Voir également l'objection suédoise à la réserve formulée par la Thaïlande à la même Convention (*ibid.*).

²⁴⁵ Une des premières objections qui, sans le dire ouvertement, peut être qualifiée d'objection à effet «super-maximum» a été faite par le Portugal en réaction à la réserve des Maldives à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [*Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. IV.8].

²⁴⁶ *Ibid.*, chap. IV.15. Dans son objection, le Gouvernement autrichien a souligné que «[c]ette objection ne fai[sai]t cependant pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention, dans son intégralité», entre l'Autriche et El Salvador».

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Ibid.* Le Gouvernement des Pays-Bas a précisé qu'il croyait «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».

149. Plus récemment, au début de 2010, plusieurs États européens ont fait des objections à la réserve formulée par les États-Unis lorsqu'ils ont consenti à être liés par le Protocole III annexé à la Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme 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 «super-maximum»²⁴⁹. 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 réserve²⁵⁰. 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 réaction²⁵¹ et dont les objections précitées s'inspirent très largement.

150. 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 des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

²⁴⁹ 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»).

²⁵⁰ Ibid., chap. IV.8.

²⁵¹ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, recommandation n° R (99) 13, 18 mai 1999.

151. Dans son arrêt de principe *Belilos c. Suisse*²⁵², 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 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 64²⁵³ de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour a ajouté ce qui suit :

Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration²⁵⁴.

152. Dans son arrêt *Weber c. Suisse*²⁵⁵, une chambre de la Cour était appelée à se prononcer sur l'applicabilité du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention, sur sa violation par l'État défendeur, et sur l'application de la réserve suisse concernant cette disposition – qui était, selon l'État défendeur, indépendante de sa déclaration interprétative. À cet égard, le Gouvernement suisse a fait valoir que «la réserve suisse à l'article 6 par. 1 (art. 6-1) [...] empêcherait de toute manière M. Weber de se prévaloir du non-respect du principe de publicité devant les juridictions cantonales²⁵⁶». 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» (ibidem). Partant, il échet de considérer comme non valide la réserve suisse en question²⁵⁷.

Contrairement à son arrêt dans l'affaire *Belilos*, la Cour n'a pas poursuivi son raisonnement en se demandant si la nullité de la réserve avait des conséquences sur l'engagement de la Suisse à être liée par la Convention. Elle se borne purement et simplement à examiner si le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention a été effectivement violé et conclut qu'«[i]l y a donc eu violation de l'article 6, par. 1 (art. 6-1)²⁵⁸». Sans le dire explicitement, la Cour a ainsi considéré que la Suisse demeurerait liée par la Convention européenne des droits de l'homme, malgré la nullité de sa réserve, et ce sans qu'elle puisse se prévaloir de cette réserve; le paragraphe 1 de l'article 6 lui est opposable en tant que tel.

153. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*²⁵⁹, la chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a saisi l'occasion

²⁵² *Belilos c. Suisse* (voir *supra* la note 239).

²⁵³ Aujourd'hui article 57.

²⁵⁴ *Belilos c. Suisse* (voir *supra* la note 239), par. 60.

²⁵⁵ *Weber c. Suisse* (voir *supra* la note 238).

²⁵⁶ Ibid., par. 36.

²⁵⁷ Ibid., par. 38.

²⁵⁸ Ibid., par. 40.

²⁵⁹ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) [voir *supra* la note 240].

de raffiner sensiblement sa jurisprudence. Bien que, dans cette affaire, la question de la validité n'ait pas été posée quant à une réserve à une disposition de la Convention, mais quant à une «réserve» à la déclaration facultative de la Turquie par laquelle elle a reconnu la compétence obligatoire de la Cour conformément aux articles 25 et 46 de la Convention, les enseignements de l'arrêt sont aisément transposables à la problématique des réserves. Après avoir constaté la non-validité des restrictions *ratione loci* dont la Turquie avait assorti ses déclarations d'acceptation de la compétence de la Cour, les juges ont continué leur raisonnement en examinant «si, par voie de conséquence, la validité des acceptations elles-mêmes peut être remise en cause²⁶⁰». La Cour a noté ceci :

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.

²⁶⁰ 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 Cour²⁶¹.

154. Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Hilaire c. Trinité et Tobago*²⁶², la Cour interaméricaine des droits de l'homme a également noté que, eu égard à la Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José de Costa Rica) et à son objet et son but, la Trinité-et-Tobago ne pouvait pas bénéficier de sa déclaration limitant l'acceptation de la compétence de la Cour tout en restant liée par son acceptation de cette compétence obligatoire²⁶³.

155. Par la communication individuelle introduite par Rawle Kennedy contre la Trinité-et-Tobago, le Comité des droits de l'homme a été saisi d'une problématique comparable concernant la réserve formulée par l'État partie lors de sa réadhésion au premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Après avoir conclu à la non-validité de la réserve ainsi faite en raison de son caractère discriminatoire, le Comité s'est borné à constater ceci : «La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif²⁶⁴.» Autrement dit, la Trinité-et-Tobago reste liée par le Protocole sans qu'elle puisse bénéficier de la réserve qu'elle a formulée.

156. 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 Pacte²⁶⁵, dans laquelle le Comité a affirmé ce qui suit :

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 réserve²⁶⁶.

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

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

²⁶¹ Ibid., par. 93 à 98.

²⁶² *Hilaire c. Trinité-et-Tobago* (voir *supra* la note 237).

²⁶³ Ibid., par. 98.

²⁶⁴ *Kennedy c. Trinité-et-Tobago* (voir *supra* la note 231), par. 6.7. Voir aussi *supra* le paragraphe 141.

²⁶⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (voir *supra* la note 162), p. 122 à 129.

²⁶⁶ Ibid., p. 127 et 128, par. 18.

que les accords, quelle qu'en soit la nature, sont régis par le droit des traités, qu'ils reposent sur le consentement des États et que les réserves sont les conditions que les États mettent à ce consentement; qu'il en découle nécessairement que si ces réserves sont jugées incompatibles avec le but et l'objet du traité, la seule conséquence qu'il soit possible d'en tirer est de déclarer que ce consentement n'est pas valable et de décider que ces États ne sont pas considérés comme partie à l'instrument en cause²⁶⁷.

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

que l'État qui a formulé et maintenu une réserve à laquelle une ou plusieurs parties à la Convention font objection, les autres parties n'en faisant pas, peut être considéré comme partie à la Convention si ladite réserve est compatible avec l'objet et le but de celle-ci; *il ne peut l'être dans le cas contraire*²⁶⁸.

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.

159. 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 ceci :

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 Y²⁶⁹.

Rien cependant ne justifie de faire une distinction entre les réserves interdites par le traité et les réserves non valides pour d'autres raisons²⁷⁰.

²⁶⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 40 (A/51/40), vol. I, annexe VI, p. 107, par. 13.

²⁶⁸ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2), p. 29.

²⁶⁹ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/7/Rev.1, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.15), p. 57 et 58, par. 191 à 193.

²⁷⁰ Voir la directive 3.3 (Conséquences de la non-validité d'une réserve) et le commentaire y relatif [*Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 129 à 131].

160. La pratique étatique, sans être complètement inexistante, est encore moins cohérente à cet égard. Par exemple, Israël, l'Italie et le Royaume-Uni ont fait des objections à la réserve formulée par le Burundi lors de son adhésion à la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques. 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 [et qu'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 retirée²⁷¹,

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 déclaration²⁷².

161. Le Gouvernement de la République de Chine, qui avait ratifié la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en 1951²⁷³, avait

fait objection à toutes les réserves identiques formulées au moment de la signature ou de la ratification de la Convention, ou de l'adhésion à ladite Convention, par la Bulgarie, la Hongrie, la Pologne, la République socialiste soviétique de Biélorussie, la République socialiste soviétique d'Ukraine, la Roumanie, la Tchécoslovaquie et l'Union des Républiques socialistes soviétiques. Le Gouvernement chinois considère que les réserves susmentionnées sont incompatibles avec le but et l'objet de la Convention; en conséquence, en vertu de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice en date du 28 mai 1951, il ne considérera pas les États énumérés ci-dessus comme étant parties à la Convention²⁷⁴.

²⁷¹ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), 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.).

²⁷² L'objection de la République fédérale d'Allemagne 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 à la Convention, déclaré qu'il «object[ait] 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.).

²⁷³ 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 pour la prévention et la répression du crime de génocide le 18 avril 1983 : «La ratification de ladite Convention le 19 juillet 1951 par les autorités locales taïwanaises au nom de la République de Chine est illégale et dénuée de tout effet» (ibid., chap. IV.1).

²⁷⁴ Ibid.

Seul le Gouvernement des Pays-Bas formula une objection comparable en 1966²⁷⁵.

162. 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 sur 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'alinéa c de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969²⁷⁶.

163. 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 États²⁷⁷ ont ainsi soutenu que cette pratique était « paradoxale » et que, en tout état de cause, l'auteur de l'objection « ne p[ouvai]t ignorer purement et simplement la réserve et faire comme si elle n'avait pas été formulée²⁷⁸ ». 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 traités²⁷⁹.

D'autres ont cependant noté qu'il était préférable de voir l'auteur de la réserve devenir État contractant ou organisation contractante plutôt que de l'exclure ainsi du cercle des parties. Le représentant de la Suède, s'exprimant au nom des pays nordiques, a affirmé à cet égard ceci :

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

²⁷⁵ 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.).

²⁷⁶ *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 14, par. 29.

²⁷⁷ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Sixième Commission*, 14^e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 3 (Royaume-Uni); ibid., par. 72 (France); ibid., 16^e séance (A/C.6/60/SR.16), par. 20 (Italie); et ibid., par. 44 (Portugal).

²⁷⁸ Ibid., 14^e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 72 (France).

²⁷⁹ Ibid.

formuler une objection à une réserve illicite, de mettre fin à la relation conventionnelle bilatérale, mais la divisibilité préserve cette relation et ouvre des possibilités de dialogue dans le cadre du traité en cause²⁸⁰.

164. 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 traité²⁸¹. »

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

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

166. Eu égard au problème particulier, mais comparable des réserves à la clause facultative de la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice prévue au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, le juge Lauterpacht a considéré ce qui suit 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 déclaration²⁸².

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.

167. 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 des droits de l'homme. Elle a noté expressément que, « à n'en pas douter, la Suisse [...] s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration²⁸³ ». La Cour a donc clairement

²⁸⁰ Ibid., par. 23. Voir également ibid., 17^e séance (A/C.6/60/SR.17), par. 24 (Espagne); ibid., 18^e séance (A/C.6/60/SR.18), par. 86 (Malaisie); et ibid., 19^e séance (A/C.6/60/SR.19), par. 39 (Grèce).

²⁸¹ Ibid., 14^e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 23 (Suède, au nom des pays nordiques). Voir également la position du Royaume-Uni (ibid., 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. »

²⁸² *Affaire de l'Interhandel*, arrêt du 21 mars 1959, C.I.J. Recueil 1959, p. 6, opinion dissidente de Sir Hersch Lauterpacht, à la page 117.

²⁸³ *Belilos c. Suisse* (voir *supra* la note 239).

pris en considération le fait que la Suisse elle-même, c'est-à-dire l'auteur de la «réserve» non valide, se considérerait liée par le traité malgré la nullité de cette réserve et s'est comportée ainsi.

168. Dans l'affaire *Loizidou*, la Cour européenne des droits de l'homme a également fait fond si ce n'est sur la volonté du Gouvernement turc – qui avait soutenu lors de la procédure devant la Cour que «si les restrictions accompagnant les déclarations relatives aux articles 25 et 46 (art. 25, art. 46) de la Convention ne devaient pas être reconnues valides globalement, il y aurait lieu de tenir les déclarations [d'acceptation de la compétence de la Cour] pour nulles et non avenues dans leur intégralité²⁸⁴» –, 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-mêmes²⁸⁵.

169. L'«approche de Strasbourg²⁸⁶» 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 valide²⁸⁷. À cette fin, la Cour ne s'est cependant pas uniquement fondée sur les déclarations expresses de l'État en question – comme c'était par exemple le cas dans l'affaire *Belilos*²⁸⁸ – mais a également procédé à un «rétablissement» de la volonté de l'État. Comme Schabas a pu l'écrire,

[T]he European Court did not set aside the test of intention in determining whether a reservation is severable. Rather, it appears to highlight the difficulty in identifying such intention and expresses a disregard for such factors as formal declarations by the state («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»)²⁸⁹.

Ce n'est que dans le cas où il est établi que l'État réservataire ne considérerait pas sa réserve (reconnue non

²⁸⁴ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) [voir *supra* la note 240], par. 90.

²⁸⁵ *Ibid.*, par. 95.

²⁸⁶ Simma, «Reservations to human rights treaties: some recent developments», p. 670.

²⁸⁷ Voir *supra* la note 281. Selon Gaja, [u]na 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 («une solution alternative à laquelle on peut arriver dans l'analyse de la volonté de l'État auteur de la réserve tient à ce que l'État en question aurait entendu se lier par le traité même au cas où la réserve serait considérée inadmissible et par conséquent sans le bénéfice de la réserve») [«Il regime della Convenzione di Vienna concernente le riserve inammissibili», p. 358].

²⁸⁸ Sur cette affaire et ses suites, voir les explications de Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, p. 160 à 163; Bourguignon, «The *Belilos* case: new light on reservations to multilateral treaties»; Cameron et Horn, «Reservations to the European Convention on Human Rights: the *Belilos* case»; Marks, «Reservations unhinged: the *Belilos* case before the European Court of Human Rights»; Cohen-Jonathan, «Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)».

²⁸⁹ Schabas, «Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?», p. 322.

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.

170. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ne limitent d'ailleurs pas leurs considérations à la seule volonté de l'État auteur de la réserve non valide, mais elles 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,

[e]n 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 Convention²⁹⁰.

La Cour interaméricaine, à son tour, a souligné ce qui suit 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 [on human rights] 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.*

[«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 [relative aux droits de l'homme] 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»]²⁹¹.

171. La position exprimée par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 est plus catégorique encore²⁹². Le Comité ne fait en effet aucun lien

²⁹⁰ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) [voir *supra* la note 240], par. 93.

²⁹¹ *Hilaire c. Trinité-et-Tobago* (voir *supra* la note 237), par. 93 et 94.

²⁹² M^{me} Françoise Hampson a considéré ceci: *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. 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») [document de travail élargi de M^{me} Françoise Hampson, présenté conformément à la décision 2001/17 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2003/WP.2), par. 59].

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 normale²⁹³ » 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-dessus²⁹⁴, cette conséquence « normale » qui, semble-t-il, revêt dans l'opinion du Comité un certain automatisme, n'exclut cependant pas (et implique au contraire) que la réserve non valide puisse produire d'autres conséquences, « anormales ». Mais le Comité ne s'est exprimé ni sur la question de savoir quelles peuvent être ces autres conséquences, ni sur le point de savoir comment et sur quel fondement la conséquence « normale » ou une éventuelle conséquence « anormale » sont déclenchées.

172. Quoi qu'il en soit, la position des organes de droits de l'homme a été cependant sensiblement nuancée ces dernières années. Ainsi, lors de la quatrième réunion intercomités des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et de la dix-septième réunion des présidents de ces organes, il a été noté que

[]ors d'une réunion avec la [Commission du droit international] 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 présomption²⁹⁵.

173. 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 exclu²⁹⁶.

174. Les recommandations du Groupe de travail sur les réserves chargé d'examiner la pratique concernant les réserves des organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme²⁹⁷ entérinées par la sixième réunion intercomités²⁹⁸ en 2007 ont été rappelées dans l'introduction du quatorzième rapport sur les réserves aux traités²⁹⁹. Selon la nouvelle recommandation n° 7 :

Quant aux conséquences de l'invalidité, le Groupe de travail est en accord avec la proposition du Rapporteur spécial de la Commission

du droit international selon laquelle une réserve non valide est nulle de plein droit. Il s'ensuit qu'un État ne pourra pas invoquer une telle réserve et, à moins que son intention contraire ne soit irréfutablement établie³⁰⁰, restera partie au traité sans le bénéfice de la réserve.

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

176. 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.

177. Une présomption négative, qui refuse de considérer l'auteur de la réserve comme État contractant ou organisation contractante aussi longtemps que l'intention contraire n'a pas été établie, tient peut-être mieux compte du principe du consensualisme en vertu duquel, dans les termes de la Cour internationale de Justice, « un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement³⁰⁰ ». En effet, selon ce point de vue, un État ou une organisation internationale qui a formulé une réserve – quand bien même elle n'est pas valide – a, précisément, exprimé son désaccord avec la disposition 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 accepter³⁰¹.

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 disposition ou ces dispositions sans bénéficier de sa réserve.

178. La présomption inverse, positive, a cependant plusieurs avantages qui – en dehors de toute considération d'opportunité politique – plaident certainement en sa faveur bien que, sans aucun doute, il ne s'agisse pas d'une règle posée dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986³⁰² ni de droit international coutumier³⁰³, quand bien même l'on ne peut négliger les décisions des juridictions de droits de l'homme et les positions prises par les autres

²⁹³ Voir *supra* la note 266.

²⁹⁴ Voir *supra* le paragraphe 156.

²⁹⁵ « 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.

²⁹⁶ HRI/MC/2006/5, par. 16.

²⁹⁷ Voir HRI/MC/2007/5.

²⁹⁸ 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.

²⁹⁹ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 53.

³⁰⁰ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2), p. 21.

³⁰¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (voir *supra* la note 162), p. 138, par. 14.

³⁰² Comme cela a été rappelé ci-dessus, les Conventions de Vienne ne traitent pas de la question des réserves non valides. Voir *supra* les paragraphes 96 à 112.

³⁰³ Voir notamment Baratta, « Should invalid reservations to human rights treaties be disregarded », p. 419 et 420.

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.

179. 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,

[t]he package of reservations a state submits reflects the ideal relationship it wishes to have in relation to the treaty, not the essential one it requires so as to be bound (« l'ensemble des réserves que formule un État reflète la relation idéale qu'il souhaite avoir en rapport avec le traité, non la relation essentielle qu'il exige afin d'être lié »)³⁰⁴.

180. 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'homme³⁰⁵,

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 traité³⁰⁶.

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, « [l]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 traité³⁰⁷ ». Cet objectif est plus facilement réalisable si l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve est considéré comme partie au traité.

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

³⁰⁴ Goodman, « Human rights treaties, invalid reservations, and State consent », p. 537.

³⁰⁵ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 57 et 58, par. 157.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 58 (point 10).

³⁰⁷ HRI/MC/2005/5, par. 42.

182. Ces considérations conduisent le Rapporteur spécial à recommander vivement à la Commission de se rallier à l'idée d'une *présomption*, relative et réfragable, selon laquelle, en l'absence d'intention contraire de son auteur, le traité s'applique à l'État ou à l'organisation internationale auteur d'une réserve non valide nonobstant cette réserve. Cela signifie que, à cette condition fondamentale (d'absence d'intention contraire de la part de l'auteur de la réserve), le traité est présumé être entré en vigueur pour l'auteur de la réserve – à condition toutefois que le traité soit effectivement entré en vigueur à l'égard des États contractants et des organisations contractantes – et la réserve ne produit aucun effet juridique sur le contenu du traité³⁰⁸ ; il s'applique dans son intégralité.

183. 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 que, « [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 traité³⁰⁹ ». 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.

184. 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 pratique³¹⁰ :

2.1.9 Motivation

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

La motivation d'une réserve peut non seulement éclairer son sens, mais également permettre de déterminer si la réserve est considérée comme une condition essentielle à l'engagement à être lié par le traité ou non. Des indications peuvent également être trouvées dans toute déclaration faite par l'auteur de la réserve lors de la signature, de la ratification, de l'adhésion ou d'une déclaration de succession. Toutes les déclarations faites 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 prudence³¹¹.

185. Indépendamment du texte même de la réserve et de sa motivation, il faut également prendre en considération le contenu et le contexte de la disposition ou des dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, d'une part, ainsi

³⁰⁸ Voir *supra* les paragraphes 130 à 144.

³⁰⁹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), p. 49, par. 83.

³¹⁰ Pour le commentaire relatif à cette directive, voir *Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 88 et 89.

³¹¹ Voir en ce sens *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) [note 240 *supra*], par. 95 ; voir également *supra* le paragraphe 153.

que l'objet et le but du traité, d'autre part. Comme cela a été rappelé ci-dessus, et la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont porté une grande attention à la « nature particulière » du traité en question³¹²; il n'y a aucune raison de limiter ces considérations aux traités relatifs aux droits de l'homme qui ne constituent pas une catégorie spécifique de traités – en tout cas aux fins de l'application des règles relatives aux réserves³¹³ – et qui ne sont pas les seuls à établir des « valeurs communes supérieures ».

186. Par ailleurs, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a fait dans son arrêt *Belilos*³¹⁴, 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 des droits de l'homme, même dans le cas où sa déclaration interprétative serait considérée comme non valide. En outre, comme Schabas l'a souligné à l'égard des réserves faites par les États-Unis au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,

[c]ertain 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 reservations. It is useful to recall that Washington fully participated in the drafting of the American Convention whose provisions are very similar to articles 6 and 7 of the Covenant and were in fact inspired by them. [...] Although briefly questioning the juvenile death penalty and the exclusion of political crimes, [the U.S. representative] did not object in substance to the provisions dealing with the death penalty or torture. The United States signed the American Convention on June 1, 1977 without reservation («certains aspects de la pratique des États-Unis donnent du poids à l'argument selon lequel il entre dans leurs intentions d'être liés, quelle que soit l'issue d'un litige relatif à la licéité de leur réserve. Il est utile de rappeler que Washington a pleinement participé à la rédaction de la Convention américaine dont les dispositions sont très semblables aux articles 6 et 7 du Pacte et ont été en fait inspirées par ceux-ci. [...] Bien qu'il ait rapidement mis en question [l'interdiction de] la peine de mort pour les mineurs ou l'exclusion des crimes politiques, [le représentant des États-Unis] n'a pas objecté aux dispositions concernant la peine de mort ou la torture. Les États-Unis ont signé la Convention américaine le 1^{er} juin 1977 sans réserve»)³¹⁵.

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.

187. Enfin, les réactions des autres États et organisations internationales doivent également être prises en compte.

³¹² Voir *supra* le paragraphe 170.

³¹³ Voir *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/477 et Add.1, 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 (2^e partie), p. 57 et 58, par. 157.

³¹⁴ Voir *supra* les paragraphes 167 à 169.

³¹⁵ Schabas, «Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?», p. 322.

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 européenne des droits de l'homme³¹⁶, la Cour a conclu ce qui suit :

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-mêmes³¹⁷.

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

189. Cela étant dit, l'institution d'une telle présomption ne doit pas constituer une approbation de ce qu'on convient aujourd'hui d'appeler objections à effet « super-maximum ». 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 « super-maximum » semble vouloir imposer à l'auteur de la réserve le respect du traité sans le bénéfice de la réserve pour la seule raison que cette dernière n'est pas valide, la présomption se fonde sur l'intention de l'auteur de la réserve – intention qui peut être hypothétique en l'absence de toute indication expresse de sa part, mais étant entendu que rien n'empêche l'auteur de la réserve de faire connaître aux autres parties contractantes sa volonté réelle. Le respect de l'ensemble du traité découle ainsi non pas de l'appréciation subjective d'une autre partie contractante, mais de la seule nullité de la réserve et de la volonté de son auteur. Une objection, qu'elle soit simple ou à prétention « super-maximum », ne peut pas produire un tel effet³¹⁸ ! *No State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable* [« aucun État ne peut être tenu par des obligations contractuelles qu'il ne juge pas appropriées »]³¹⁹, ni l'État objectant, ni l'État réservataire, étant entendu cependant que ces considérations ne peuvent pas signifier que cette pratique est dépourvue de toute signification³²⁰.

³¹⁶ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) [voir *supra* la note 240], par. 18 à 24.

³¹⁷ *Ibid.*, par. 95.

³¹⁸ Voir aussi *supra* les paragraphes 76 et 77.

³¹⁹ Tomuschat, «Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties», p. 466; voir aussi *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/477 et Add.1, p. 60, par. 97 et 99, ainsi que Müller, «Convention de Vienne de 1969 : Article 20», p. 809 à 811, par. 20 à 24.

³²⁰ Voir *infra* les paragraphes 211 à 223.

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

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

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

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

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

«– les termes de la réserve ;

«– la ou les dispositions sur lesquelles portent la réserve et l'objet et le but du traité ;

«– les déclarations faites par l'auteur de la réserve lors de la négociation, de la signature ou de la ratification du traité ;

«– les réactions des autres États contractants et organisations contractantes ; et

«– l'attitude ultérieure de l'auteur de la réserve. »

192. Volontairement, le projet de directive 4.5.3 s'abstient de déterminer la date de l'entrée en vigueur du traité dans une hypothèse de ce genre. Dans la plupart des cas, celle-ci est soumise à des conditions particulières déterminées dans le traité lui-même³²¹. 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 traités³²².

³²¹ Le paragraphe 1 de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969 dispose ceci : «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.»

³²² Voir les paragraphes 2 et 3 de l'article 24 de la Convention de Vienne de 1969, qui prévoient ceci :

«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.»

c) *Les réactions à une réserve non valide*

193. Il ressort des considérations ci-dessus que ni la nullité de la réserve – en raison de son invalidité – ni les effets de cette nullité ne dépendent des réactions des États contractants ou des organisations contractantes autres que l'auteur de la réserve. La nullité résulte de la non-validité. À son tour, l'absence d'effet de la réserve nulle sur le traité ne découle pas de l'acceptation ou de l'objection des autres parties contractantes, mais de la seule nullité. Autrement dit, eu égard à la distinction contenue dans le chapeau du paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 entre la validité d'une réserve, d'une part, et le consentement des autres États contractants et organisations contractantes, d'autre part, une réserve non valide ne franchit pas la première étape – la validité – et il n'y a pas lieu de la soumettre à la deuxième étape – l'acceptation.

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

i) *L'acceptation d'une réserve non valide*

195. La question de l'acceptation d'une réserve qui ne satisfait pas aux critères de validité substantielle a d'ores et déjà fait l'objet de longs développements dans le dixième rapport sur les réserves aux traités³²³.

196. Dans ce rapport, le Rapporteur spécial a rappelé que l'acceptation unilatérale d'une réserve formulée en dépit des dispositions des alinéas *a* et *b* de l'article 19 est sans aucun doute exclue et, à ce titre, dépourvue de tout effet. Sir Humphrey Waldock, en sa qualité d'expert-conseil, s'était clairement exprimé en faveur de cette solution lors de la Conférence des Nations Unies 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 acceptation³²⁴.

197. Cette «impossibilité» d'accepter une réserve qui n'est pas valide, en vertu soit de l'alinéa *a* ou de l'alinéa *b* de l'article 19, soit de l'alinéa *c* de l'article 19, qui suit exactement la même logique et qu'il n'y a aucune raison de distinguer des deux autres alinéas de cet article³²⁵, a pour conséquence logique qu'une telle acceptation ne peut pas avoir d'effet juridique³²⁶. 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

³²³ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2.

³²⁴ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [voir *supra* la note 22], 25^e séance de la Commission plénière, p. 144, par. 2.

³²⁵ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 191 à 193, par. 181 à 187.

³²⁶ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 124.

Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui nécessite que la réserve soit établie. En outre, si l'on acceptait qu'une acceptation à une réserve non valide puisse être constitutive d'un accord entre l'auteur de la réserve non valide et l'État ou l'organisation internationale qui l'a acceptée, il en résulterait une modification du traité dans les relations entre eux, qui ne serait pas compatible avec le paragraphe 1 b ii) de l'article 41 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 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 ensemble³²⁷ ».

198. C'est sur la base de ces considérations que, dans son dixième rapport, le Rapporteur spécial a proposé un projet de directive 3.3.3³²⁸, qui est libellé ainsi :

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

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

199. Lors de sa cinquante-huitième session, en 2006, la Commission a suggéré, avec l'accord du Rapporteur spécial³²⁹, que l'examen de ce projet de directive devait être différé jusqu'au moment où elle examinerait la question des effets des réserves³³⁰. Bien que cette décision ait été judicieuse et prudente, il faut admettre que, malgré le titre un peu trompeur du projet de directive 3.3.3, il ne s'agit pas, en réalité, d'identifier l'effet de l'acceptation d'une réserve non valide (ce qui relèverait de la présente partie du Guide de la pratique), mais bien celui de l'acceptation *de la validité* de la réserve elle-même (problème qui se situe en aval de la question des effets des réserves, objet de la quatrième partie du Guide de la pratique, mais qui relève de la troisième partie). La validité précède logiquement l'acceptation³³¹ (et cette logique est celle-là même qui est suivie par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986); or le projet de directive 3.3.3 concerne la validité de la réserve – c'est-à-dire le fait que l'acceptation ne peut remédier à l'absence de validité de celle-ci. Comme l'explique le dixième rapport sur les réserves,

[l']objet de ce projet de directive n'est pas de déterminer quels sont les effets de l'acceptation d'une réserve par un État mais seulement de constater que, si la réserve en question n'est pas valide, elle demeure nulle [il eût peut-être été préférable de dire qu'«elle demeure non valide»] malgré l'acceptation dont elle fait l'objet³³².

200. L'acceptation unilatérale – même expresse – d'une réserve non valide n'a aucun effet en tant que tel sur les

effets que cette nullité produit et dont les contours ont été précisés dans le présent rapport³³³. La question des conséquences de l'acceptation sur les effets de la réserve ne se pose pas et ne doit pas se poser; elle s'arrête au stade de la validité qui n'est pas, et ne peut être, acquise du fait de l'acceptation.

201. Le projet de directive 3.4.1, que le Rapporteur spécial a proposé en 2009³³⁴, indépendamment des conclusions du quatorzième rapport³³⁵, réaffirme très nettement cette manière de voir. Ce projet de directive est formulé de la manière suivante³³⁶:

3.4.1 Validité matérielle de l'acceptation d'une réserve

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

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

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

204. Il faut néanmoins formuler un *caveat* important, qui doit conduire à nuancer cette formule catégorique du projet de directive 3.3.3. Bien qu'il ne soit guère douteux qu'une acceptation individuelle par un État contractant ou une organisation contractante ne peut pas avoir pour effet de «valider» une réserve non valide ni produire tout autre effet sur la réserve ou sur le traité, la situation est différente dans le cas où l'ensemble des États contractants et organisations contractantes approuvent expressément une réserve qui – sans cette acceptation unanime – serait non valide. Il peut en effet être soutenu, et Sir Humphrey Waldock avait expressément envisagé cette possibilité dans son premier rapport sur le droit des traités³³⁷, que, conformément au principe du consensualisme, «il est toujours loisible aux parties d'amender le traité par un accord général *inter se* conformément à l'article 39 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et que rien ne les empêche d'adopter un accord unanime à cette fin en matière de réserves³³⁸ ».

³³³ Voir *supra* les paragraphes 113 à 191.

³³⁴ *Annuaire... 2009*, vol. II (2^e partie), p. 86, note 371.

³³⁵ Voir les conclusions concernant la validité des réactions aux réserves, *ibid.*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 127.

³³⁶ Le projet de directive 3.4.1 a été renvoyé au Comité de rédaction en 2009 [*ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 60], qui l'a adopté la même année.

³³⁷ Voir *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 74, par. 9 (commentaire de l'article 17). Voir également les explications contenues dans le dixième rapport sur les réserves aux traités, *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie) document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 196, par. 205.

³³⁸ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie) document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 196, par. 205. Cette position est également soutenue par Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», p. 56 et 57, et Sucharipa-Behrmann, «The legal effects of reservations to multilateral treaties», p. 78. Bowett, qui partage cette position, considère cependant que cette possibilité ne relève pas du droit des réserves («Reservations to non-restricted multilateral treaties», p. 84); voir aussi Redgwell, «Universality or integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties», p. 269.

³²⁷ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 196, par. 201. En ce sens, voir Greig, «Reservations: equity as a balancing factor?», p. 57, ou Sucharipa-Behrmann, «The legal effects of reservations to multilateral treaties», 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^e séance, p. 177, par. 44 et 45, et p. 179, par. 63).

³²⁸ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 196, par. 202.

³²⁹ *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 145, par. 157.

³³⁰ *Ibid.*, p. 144, par. 139. Voir aussi *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 6.

³³¹ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 196, par. 205.

³³² *Ibid.*, par. 203.

205. Pour tenir compte de cette hypothèse, le Rapporteur spécial a proposé un projet de directive 3.3.4³³⁹, qui prévoit ce qui suit :

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

1. Une réserve interdite expressément ou implicitement par le traité ou incompatible avec son objet et son but peut être formulée par un État ou une organisation internationale si aucun des autres États contractants ou organisations contractantes³⁴⁰ n'y fait objection après consultation expresse par le dépositaire.

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

206. L'idée sous-jacente à ce projet de directive trouve du reste un certain appui dans la pratique. Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'une acceptation unanime des parties aux traités, l'exemple de la réserve de neutralité formulée par la Suisse lors de son adhésion au Pacte de la Société des Nations n'en reste pas moins un exemple où, malgré l'interdiction des réserves, l'auteur de la réserve a été admis dans le cercle des États parties³⁴¹.

207. Dans le même esprit, la Commission a d'ores et déjà reconnu, dans la directive 2.3.1³⁴², qu'il est acceptable de remédier à l'invalidité d'une réserve résultant de sa tardiveté par une acceptation – ou du moins une absence d'opposition – unanime de la part de l'ensemble des États contractants et des organisations contractantes³⁴³.

208. Mais, là encore, le problème est différent de la question des effets d'une réserve non valide ou de celle des effets des réactions à une telle réserve non valide. Il s'agit ici de la question – distincte – de la validation de la réserve elle-même qui, faute de remplir les conditions

³³⁹ *Annuaire... 2005*, vol. II (1^{re} partie) document A/CN.4/558 et Add.1 et 2, p. 197, par. 207.

³⁴⁰ Le projet de directive initialement proposé par le Rapporteur spécial utilisait l'expression « parties contractantes » d'usage courant et qui, dans son esprit, englobait les États contractants et les organisations contractantes. À la suite de diverses remarques faites au sein de la Commission, le Rapporteur spécial est revenu sur cette commodité de langage, qu'il reconnaît peu compatible avec les définitions des États contractants et des organisations contractantes d'une part et des « parties » d'autre part, données respectivement au paragraphe 1 f et au paragraphe 1 g de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986.

³⁴¹ Voir Mendelson, « Reservations to the constitutions of international organizations », p. 140 et 141.

³⁴² La directive 2.3.1 adoptée en première lecture [*Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie) et rectificatif, p. 192] se lit ainsi :

« 2.3.1 Formulation tardive d'une réserve

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

³⁴³ Pour un exemple récent de « validation » formelle d'une réserve formulée tardivement, voir la réserve formulée par le Mozambique à la Convention des Nations Unies contre la corruption environ sept mois après sa ratification de la Convention [*Traités multilatéraux... (note 35 supra)*, chap. XVIII.14]. Dans sa notification dépositaire C.N.806.2009.TREATIES-34 du 10 novembre 2009, le Secrétaire général, en sa qualité de dépositaire, a communiqué ceci : « Dans un délai d'un an à compter de la date de la notification dépositaire transmettant la réserve (C.N.834.2008.TREATIES-32 du 5 novembre 2008), aucune des Parties contractantes à ladite Convention n'a notifié d'objection au Secrétaire général, soit au dépôt lui-même soit à la procédure envisagée. En conséquence, ladite réserve est considérée comme ayant été acceptée en dépôt, à l'expiration du délai stipulé ci-dessus, soit le 4 novembre 2009. »

posées par l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, ne peut être validée que par l'acceptation unanime des États contractants ou des organisations contractantes. C'est seulement après cette validation que le régime de Vienne continue à jouer son rôle : la réserve validée doit être acceptée conformément aux dispositions pertinentes de l'article 20 des Conventions – acceptation indispensable pour que la réserve puisse produire un quelconque effet juridique en application de l'article 21.

209. Le projet de directive 3.3.4, qui conserve tout son intérêt, a donc, lui aussi, tout à fait sa place dans la troisième partie du Guide de la pratique sur la validité de la réserve. En tout état de cause, il serait illogique d'intégrer un tel projet de directive dans la partie consacrée aux effets d'une réserve non valide ; par définition, la réserve dont il s'agit ici est devenue *valide* en raison de l'acceptation ou de l'absence d'opposition unanime.

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

ii) L'objection à une réserve non valide

211. 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 bilatérales³⁴⁴.

212. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice n'est pas un modèle de cohérence sur ce point³⁴⁵. En 1999, la Cour s'est en effet bornée à noter ce qui suit dans ses ordonnances concernant les demandes de mesures conservatoires introduites par la Yougoslavie contre l'Espagne et les États-Unis :

³⁴⁴ 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 *Traités multilatéraux... (note 35 supra)*, chap. IV.8.

³⁴⁵ Voir l'opinion individuelle commune de M^{me} le 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]*, compétence et recevabilité, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6, aux pages 65 à 71.

Considérant que la convention sur le génocide n'interdit pas les réserves; que la Yougoslavie n'a pas présenté d'objection à la réserve faite par les États-Unis [l'Espagne] 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 Parties³⁴⁶.

La motivation de la Cour ne comporte aucun examen de la validité matérielle de la réserve, en dehors du constat que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne les interdit pas. Seule l'absence d'objection de la part de l'État concerné semble avoir été déterminante, ce qui correspond à la position que les juges de la Cour avaient adoptée en 1951 mais qui est aujourd'hui dépassée par la Convention de Vienne, avec laquelle elle n'est pas compatible³⁴⁷:

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 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 réserve³⁴⁸.

213. 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 convention³⁴⁹.

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

[l]a 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 convention³⁵⁰.

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 génocide³⁵¹». Sans qu'une éventuelle objection de la part de la République démocratique du Congo fût donc requise en vue de déterminer la validité de la réserve, la Cour a considéré nécessaire d'ajouter ce qui suit:

³⁴⁶ *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Espagne)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 761, à la page 772, par. 32, et *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 916, à la page 924, par. 24.

³⁴⁷ *Annuaire...* 2009, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 98 à 100.

³⁴⁸ *Réserves à la Convention sur le génocide*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15, à la page 24.

³⁴⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* [République démocratique du Congo c. Rwanda], mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 219, à la page 246, par. 72.

³⁵⁰ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* [République démocratique du Congo c. Rwanda], compétence et recevabilité, *C.I.J. Recueil 2006*, p. 6, à la page 32, par. 67.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 70, par. 20.

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 objection³⁵².

214. 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 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*,

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 compte³⁵³.

215. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme 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 turque³⁵⁴. Le Comité de droits de l'homme a confirmé cette approche dans son observation générale n° 24:

L'absence de protestation de la part d'un État ne peut pas laisser supposer qu'une réserve est compatible ou incompatible avec l'objet et le but du Pacte. [...] Cela étant, une objection élevée par des États à une réserve peut donner au Comité un élément d'appréciation pour déterminer si la réserve est compatible avec l'objet et le but du Pacte³⁵⁵.

216. Lors de l'examen du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session, en 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 traité³⁵⁶, 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 important³⁵⁷.

³⁵² *Ibid.*, p. 33, par. 68.

³⁵³ *Réserves à la Convention sur le génocide* (voir *supra* la note 2), p. 26. Voir également Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme (art. 74 et 75)*, avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, série A n° 2, par. 38 [*The States Parties have a legitimate interest, of course, in barring reservations incompatible with the object and purpose of the Convention. They are free to assert that interest through the adjudicatory and advisory machinery established by the Convention* («bien entendu, les États parties ont un intérêt légitime à empêcher les réserves incompatibles avec l'objet et le but de la Convention. Ils sont libres de faire valoir cet intérêt à travers le mécanisme judiciaire et consultatif institué par la Convention»)].

³⁵⁴ *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) [voir *supra* la note 240], par. 95.

³⁵⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (voir *supra* la note 162), p. 127, par. 17.

³⁵⁶ Voir *supra* la note 276.

³⁵⁷ Suède, au nom des cinq pays nordiques (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Sixième Commission*, 14^e séance (A/C.6/60/SR.14), par. 22.

217. Comme cela est établi ci-dessus³⁵⁸, les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 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'objection³⁵⁹. 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.

218. De l'avis du Rapporteur spécial, ce n'est cependant pas une raison suffisante pour ne pas considérer ces réactions comme de véritables objections, contrairement à ce que la Suède a peut-être voulu dire dans la déclaration précitée³⁶⁰. Une telle réaction correspond en effet pleinement à la définition du terme « objection » retenue par la Commission dans la directive 2.6.1 et constitue

une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, en réaction à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle l'État ou l'organisation vise à exclure [...] les effets juridiques de la réserve ou à exclure l'application du traité dans son ensemble, dans ses relations avec l'auteur de la réserve³⁶¹.

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.

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

220. Il est, au contraire, d'une importance capitale que les États continuent de formuler des objections à des réserves qu'ils considèrent non valides, bien qu'en apparence de

telles déclarations n'ajoutent rien aux effets résultant *ipso jure* et sans autre condition de l'invalidité de la réserve. Cela 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'exception³⁶². Dès lors, dans l'attente d'une très hypothétique intervention d'un tiers impartial, « chaque État apprécie pour lui-même sa situation juridique au regard des autres États³⁶³ » – y compris, bien sûr, à l'égard des réserves.

221. 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 les raisons d'une telle prise de position³⁶⁴. C'est la raison pour laquelle, dans le projet de directive 4.5.4, qu'il est proposé d'intégrer dans le Guide de la pratique, il ne faudra pas seulement énoncer le principe (sans aucun doute exact) selon lequel une objection à une réserve qui n'est pas valide ne produit, en tant que telle, aucun effet, mais encore dissiper toute conclusion hâtive quant à la futilité de l'exercice qui pourrait être tirée de l'énoncé de ce principe. Il est en effet très important à tous égards que, lorsqu'ils l'estiment justifié, les États et les organisations internationales forment une objection en vue de faire publiquement valoir leur point de vue sur la non-validité de la réserve.

222. En revanche, même si cela est préférable, il n'est pas indispensable³⁶⁵ que ces objections soient formulées dans le délai de douze mois – ou de tout autre délai prescrit par le traité³⁶⁶. Dépourvues en tant que telles

³⁶² Voir *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, à la page 46, par. 86 : « Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire en dernier ressort l'objet d'une procédure juridique [by any legal process] a toujours constitué la règle plutôt que l'exception. »

³⁶³ *Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*, sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Recueil des sentences arbitrales, vol. XVIII (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 483, par. 81.

³⁶⁴ Voir la directive 2.6.10 (Motivation) recommandant aux auteurs d'une objection à une réserve de la motiver [*Annuaire... 2008*, vol. II (2^e partie), p. 81].

³⁶⁵ Le Gouvernement italien, dans son objection aux réserves du Botswana au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, formulée tardivement, a expliqué ceci : « 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 du paragraphe 5 de l'article 20 et peuvent donc faire l'objet d'objections à tout moment » [*Traités multilatéraux... (voir supra la note 35)*, chap. IV.4]; voir également l'objection italienne à la réserve du Qatar à la Convention 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 mentionnée au paragraphe 216 *supra*.

³⁶⁶ 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... (voir supra la note 35)*, chap. IV.8]. Les deux objections ont été faites le 10 mai 2010 (C.N.260.2010.TREATIES-15 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.

³⁵⁸ Voir *supra* les paragraphes 96 à 112.

³⁵⁹ Voir *supra* les paragraphes 2 à 5.

³⁶⁰ Voir *supra* le paragraphe 216.

³⁶¹ Pour le texte complet de la directive 2.6.1 (Définition des objections aux réserves) et le commentaire y relatif, voir *Annuaire... 2005*, vol. II (2^e partie), p. 78 et suiv.

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. Cela 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 immédiat³⁶⁷.

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

223. 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.

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

«4.5.4 Réactions à une réserve non valide

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

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

3. L'ABSENCE D'EFFET D'UNE RÉSERVE SUR LES RELATIONS CONVENTIONNELLES ENTRE LES AUTRES PARTIES CONTRACTANTES

225. Le paragraphe 2 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 dispose sans équivoque ce qui suit :

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

226. En vertu de cette disposition, les relations conventionnelles entre les autres parties au traité demeurent inchangées par la réserve. Cette règle de la «relativité des liens juridiques» a pour objet de sauvegarder le système

³⁶⁷ *Annuaire...* 2008, vol. II (2^e partie), p. 103, paragraphe 3 du commentaire relatif à la directive 2.6.15.

normatif applicable entre les autres parties au traité. Bien que ce système normatif se présente vis-à-vis de l'auteur de la réserve et vis-à-vis de la réserve concernée comme le régime général du traité (par lequel il n'est lié que partiellement en raison de sa réserve), ce régime n'est pas forcément unique étant donné que les autres parties peuvent également subordonner leur consentement à des réserves qui modifient, en conséquence, leurs relations mutuelles dans la mesure prévue par le paragraphe 1 ou par le paragraphe 3 de l'article 21³⁶⁸. Le paragraphe 2 n'a cependant nullement pour objet de limiter la multiplication des systèmes normatifs à l'intérieur même d'un traité donné, il vise seulement à limiter les effets de la réserve aux seules relations bilatérales entre l'État auteur, d'une part, et chaque autre État contractant, d'autre part.

227. Le champ d'application du paragraphe 2 n'est pas limité aux seules réserves «établies», c'est-à-dire aux réserves qui remplissent les exigences imposées par les articles 19, 20 et 23 ; cela n'est cependant pas une incongruité rédactionnelle. En effet, le principe de la relativité de la réserve s'applique indépendamment de sa validité matérielle ou formelle. Cela est particulièrement évident en ce qui concerne les réserves non valides, qui en raison de leur nullité sont dépourvues d'effet – au bénéfice de leur auteur et, très évidemment, à celui ou au détriment des autres parties au traité³⁶⁹.

228. De surcroît, l'acceptation de la réserve ou les objections qu'elle a appelées n'influencent pas non plus les effets de la réserve en dehors des relations bilatérales entre l'auteur de la réserve et chacune des autres parties contractantes. Elle ne fait qu'identifier les parties vis-à-vis desquelles la réserve est considérée comme établie – celles ayant accepté la réserve³⁷⁰ – afin de les distinguer des parties à l'égard desquelles la réserve ne produit pas d'effet – celles qui ont fait une objection à la réserve. Mais, dans les relations entre l'ensemble des États contractants ou organisations contractantes autres que l'auteur de la réserve, cette dernière ne peut modifier ou exclure les effets juridiques d'une ou de certaines dispositions du traité, ou les effets juridiques du traité en tant que tel – et peu importe à cet égard qu'ils aient accepté la réserve ou y aient objecté.

229. Bien que le paragraphe 2 ne contienne aucune limitation ni exception, on peut se demander si la règle de la «relativité des liens juridiques» est aussi absolue qu'il l'établit³⁷¹. Sir Humphrey Waldock l'évoquait d'ailleurs plus prudemment dans l'annexe à son premier rapport sur le droit des traités, intitulé «Historique de la question des réserves aux conventions multilatérales» : «[...] une réserve n'affect[e] *en principe** que les relations entre l'État qui formule la réserve et les autres³⁷². » Se pose donc

³⁶⁸ Voir Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 142.

³⁶⁹ Voir *supra* les paragraphes 130 à 144.

³⁷⁰ *Annuaire...* 2009, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 199 à 236.

³⁷¹ Szafarz soutient ceci : *It is obvious, of course, that "the reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty inter se"* («il est bien sûr évident que "la réserve ne modifie pas les dispositions du traité à l'égard des autres parties *inter se*"») [*Reservations to multilateral treaties*], p. 311].

³⁷² *Annuaire...* 1962, vol. II, document A/CN.4/144, annexe, p. 87, note 5.

la question de savoir s'il existe des traités pour lesquels le principe de la relativité ne peut pas s'appliquer.

230. Les traités spécifiques visés par les paragraphes 2 et 3 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne constituent certainement pas une exception à la règle de la relativité. Il est vrai que la relativité des liens juridiques est quelque peu limitée dans le cadre de ces conventions, mais non pas en ce qui concerne les relations des autres États parties *inter se*, qui restent aussi inchangées.

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

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

233. Même dans l'hypothèse de l'acceptation unanime d'une réserve a priori non valide³⁷³, ce n'est pas la réserve « validée » par l'assentiment des parties qui modifie le système normatif « général » applicable entre les autres parties. Certes, ce système normatif subit une modification en ce que l'interdiction de la réserve est levée ou l'objet et le but du traité sont modifiés afin de faire correspondre le traité (et ses clauses de réserves) à la réserve. Néanmoins, cette modification du traité qui a des incidences sur l'ensemble des parties n'est pas le résultat de la réserve, mais du consentement unanime des États contractants et des organisations contractantes, consentement qui est à l'origine d'un accord visant à modifier le traité afin d'autoriser la réserve dans le sens de l'article 39 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986³⁷⁴.

234. Cela étant, il faut souligner que les parties restent toujours libres de modifier leurs relations conventionnelles si elles le jugent nécessaire³⁷⁵. Cette possibilité peut se déduire *a contrario* du commentaire de la Commission

relatif au projet d'article 19 du projet d'articles sur le droit des traités de 1966 (qui est devenu l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969), selon lequel la réserve

ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres parties, dans leurs rapports entre elles, puisqu'elle n'a pas été acceptée en tant que clause du traité dans leurs relations mutuelles³⁷⁶.

235. Au bénéfice de ces remarques, la Commission voudra certainement, conformément à sa pratique constante, intégrer dans le Guide de la pratique un projet de directive 4.6 reprenant purement et simplement le texte du paragraphe 2 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 :

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

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

236. Au demeurant, rien n'empêche les parties d'accepter la réserve en tant que véritable clause du traité ou de changer toute autre disposition du traité, si elles l'estiment nécessaire. Une telle modification ne peut cependant ni s'effectuer *ipso facto* par l'acceptation d'une réserve – comme le précise le projet de directive 4.6 – ni être présumée. Il faut donc, en tout état de cause, suivre les procédures prévues à cette fin dans le traité, ou, à défaut, la procédure établie par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 dans leurs articles 39 et suivants. Une modification du traité dans sa totalité peut d'ailleurs se révéler nécessaire, voire indispensable³⁷⁷. Cette nécessité dépend cependant de chaque cas d'espèce et reste à la libre discrétion des parties. C'est la raison pour laquelle il ne paraît pas indispensable de prévoir d'exception au principe posé au paragraphe 2 de l'article 21 des Conventions de Vienne. Si la Commission était d'un avis contraire, le projet de directive 4.6 pourrait néanmoins être rédigé de la manière suivante :

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

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

³⁷⁶ *Annuaire...* 1966, vol. II, p. 227, paragraphe 1 du commentaire relatif au projet d'article 19.

³⁷⁷ Une telle situation peut notamment se produire dans des traités concernant les produits de base dans lesquels même le principe de la réciprocité n'est pas capable de « restaurer » l'équilibre entre les parties (Schermers, « The suitability of reservations to multilateral treaties », p. 356). L'alinéa c du paragraphe 2 de l'article 65 de l'Accord international de 1968 sur le sucre semblait en effet prévoir la possibilité de l'adaptation des dispositions dont l'application se serait révélée compromise par la réserve : « Dans tout autre cas où des réserves sont formulées [c'est-à-dire dans les cas où la réserve formulée touche au fonctionnement économique de l'Accord], le Conseil [international du sucre] les examine et décide par un vote spécial si, et le cas échéant à quelles conditions », il y a lieu de les accepter. Ces réserves ne prennent effet qu'après que le Conseil a statué en la matière. » Voir aussi Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 250 ; et Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 142 et 143.

³⁷³ Voir *supra* les paragraphes 204 à 209.

³⁷⁴ Voir *supra* le paragraphe 204.

³⁷⁵ Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 142 et 143.

B. Les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications

237. Malgré une pratique fort ancienne et très développée, ni la Convention de Vienne de 1969 ni celle de 1986 ne contiennent de règles concernant les déclarations interprétatives, et, à plus forte raison, les effets possibles d'une telle déclaration³⁷⁸.

238. Les travaux préparatoires des Conventions expliquent cette lacune. Bien que le problème des déclarations interprétatives ait été entièrement occulté par les premiers Rapporteurs spéciaux³⁷⁹, Sir Humphrey Waldock³⁸⁰ a été conscient à la fois des difficultés que la pratique de ces déclarations créait, et de la solution, tout à fait banale, qu'il convenait d'y apporter. En effet, plusieurs gouvernements sont revenus, dans leurs commentaires, sur le projet d'articles adopté en première lecture, non seulement sur l'absence des déclarations interprétatives et sur la distinction qu'il convenait de faire entre de telles déclarations et les réserves³⁸¹, mais également sur les éléments à prendre en compte lors de l'interprétation d'un traité³⁸². En 1965, le Rapporteur spécial s'est employé à rassurer ces États en affirmant que la question des déclarations interprétatives n'avait pas échappé à l'attention de la Commission. Et Sir Humphrey Waldock de continuer :

Les déclarations interprétatives soulèvent cependant un problème, de même que peut-être les déclarations de politique faites en relation avec un traité. La question est de savoir quels sont les effets de l'une et l'autre catégories de déclarations. Certaines règles qui effleurent le sujet figurent à l'article 69, notamment au paragraphe 3 sur l'accord intervenant entre les parties au sujet de l'interprétation du traité et sur la pratique ultérieure suivie dans l'application du traité. L'article 70 qui traite des moyens complémentaires d'interprétation se rapporte également à ce problème³⁸³.

Contrairement à la position exprimée par certains membres de la Commission³⁸⁴, «ce sont les dispositions

relatives à l'interprétation qui [...] régissent³⁸⁵ » les effets d'une déclaration interprétative. Bien que

[l]es déclarations interprétatives so[ie]nt certainement importantes, [...] il est douteux qu'il faille leur consacrer des dispositions spéciales ; en effet, la portée juridique d'une déclaration interprétative est toujours fonction des circonstances particulières dans lesquelles cette déclaration a été faite³⁸⁶.

239. Lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, la question des déclarations interprétatives a été de nouveau débattue, notamment autour d'un amendement hongrois à la définition du terme «réserve»³⁸⁷ et à l'article 19 (qui est devenu l'article 21) concernant les effets d'une réserve³⁸⁸. Cet amendement avait pour effet d'assimiler les déclarations interprétatives et les réserves, sans qu'aucune distinction ne soit faite entre les deux catégories, notamment eu égard à leurs effets respectifs. Plusieurs délégations se sont cependant clairement opposées à une telle assimilation³⁸⁹. Sir Humphrey Waldock, en sa qualité d'expert-conseil, a

dénoncé les dangers qu'il y aurait à inclure les déclarations interprétatives dans la notion de réserve. En pratique, lorsqu'un État fait une déclaration interprétative, c'est généralement parce qu'il ne veut pas être pris en quelque sorte dans les mailles du droit des réserves³⁹⁰.

Par conséquent, il a demandé

au Comité de rédaction de ne pas oublier combien le sujet est délicat et de ne pas considérer l'assimilation des déclarations interprétatives aux réserves comme une question qui peut être facilement réglée³⁹¹.

240. Le Comité de rédaction n'a finalement pas donné suite à l'amendement hongrois. Bien que M. Sepúlveda Amor, au nom du Mexique, ait fait remarquer que «les articles à l'étude ne contiennent pas de définition de l'instrument envisagé à l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 27 [qui est devenu l'article 31]» alors que «des instruments interprétatifs de ce genre sont courants dans

³⁷⁸ Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 103, paragraphe 1 du commentaire de la directive 1.2.

³⁷⁹ Fitzmaurice s'est borné à préciser que le terme «réserve» «ne s'applique pas à de simples déclarations sur la manière dont l'État intéressé se propose de mettre en œuvre le traité, ni à des déclarations explicatives ou interprétatives, sauf le cas où ces déclarations font présumer une divergence sur les dispositions de fond ou sur les effets du traité» (premier rapport sur le droit des traités, *Annuaire... 1956*, vol. II, document A/CN.4/101, p. 112, art. 13 I).

³⁸⁰ Dans sa définition du terme «réserve», Sir Humphrey a expliqué qu'«[u]ne déclaration explicative ou interprétative ou une déclaration d'intention concernant le sens du traité qui n'équivaut pas à modifier les conséquences juridiques du traité ne constitue pas une réserve» (premier rapport sur le droit des traités, *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, p. 36, art. 1 D).

³⁸¹ Voir notamment les commentaires du Gouvernement japonais résumés dans le quatrième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock (*Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 49) et les remarques du Gouvernement britannique, selon lequel «l'article 18 ne traite que des "réserves" et il suppose que la question connexe des déclarations interprétatives sera traitée dans un rapport ultérieur» (ibid.).

³⁸² Voir les commentaires des États-Unis d'Amérique aux projets d'articles 69 et 70 concernant l'interprétation, résumés dans le sixième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock (*Annuaire... 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 100).

³⁸³ *Annuaire... 1965*, vol. I, 799^e séance, p. 181, par. 13. Voir également le quatrième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, ibid., vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 52, par. 2.

³⁸⁴ Voir les commentaires faits par M. Verdross (*Annuaire... 1965*, vol. I, 797^e séance, p. 166, par. 36, et 799^e séance, p. 182, par. 23) et

M. Ago (ibid., 798^e séance, p. 178, par. 76). Voir aussi M. Castrén (ibid., 799^e séance, p. 183, par. 30) et M. Bartoš (ibid., par. 29).

³⁸⁵ Ibid., p. 181, par. 14. Voir également le quatrième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, ibid., vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 52, par. 2 («Si la Commission n'a pas traité des déclarations d'interprétation dans la présente section, c'est simplement parce que ces déclarations ne sont pas des réserves et intéressent plutôt l'interprétation que la conclusion des traités»).

³⁸⁶ Quatrième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 52, par. 2.

³⁸⁷ A/CONF.39/C.1/L.23, *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions...* (A/CONF.39/11/Add.2) [voir *supra* la note 19], p. 122, par. 35 vi) e. La délégation hongroise a proposé le texte suivant : «L'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité multilatéral ou y adhère, par laquelle il vise à exclure, à modifier ou à interpréter l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État.»

³⁸⁸ A/CONF.39/C.1/L.177, ibid., p. 151, par. 199 ii) d et iii). Voir aussi les explications fournies lors de la Conférence, dans *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session...* (A/CONF.39/11) [note 22 *supra*], 25^e séance, p. 148 et 149, par. 52 et 53.

³⁸⁹ Voir notamment les positions de l'Australie (ibid., 5^e séance, p. 33, par. 81), de la Suède (ibid., p. 34, par. 102), des États-Unis d'Amérique (ibid., p. 35, par. 116) et du Royaume-Uni (ibid., 25^e séance, p. 149, par. 60).

³⁹⁰ Ibid., p. 149, par. 56.

³⁹¹ Ibid.

la pratique³⁹²» et ait suggéré qu'«[i] est indispensable d'exposer clairement les effets juridiques de ces déclarations en tant qu'elles se distinguent des réserves proprement dites³⁹³», aucune disposition de la Convention de Vienne n'a été spécialement consacrée aux déclarations interprétatives. Les conclusions de Sir Humphrey Waldock concernant les effets de ces déclarations³⁹⁴ se trouvent ainsi confirmées par les travaux de la Conférence.

241. Ni les travaux de la Commission ni ceux de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986 n'ont élucidé davantage la question des effets concrets d'une déclaration interprétative.

242. L'absence d'une disposition spécifique dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 concernant les effets juridiques qu'une déclaration interprétative est susceptible de produire ne signifie cependant pas qu'elles ne contiennent aucun indice à ce sujet, comme le montrent les remarques faites lors de leur élaboration³⁹⁵.

243. Comme leur nom l'indique clairement, leur objectif et leur fonction consistent à proposer une interprétation du traité³⁹⁶. En conséquence, conformément à la définition retenue par la Commission,

[l]'expression « déclaration interprétative » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions³⁹⁷.

Préciser ou clarifier les dispositions d'un traité, c'est justement l'interpréter et c'est pour cette raison que la Commission avait retenu ces termes pour définir les déclarations interprétatives³⁹⁸. Bien que, comme le précise le commentaire de la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives), la définition retenue « ne préjuge aucunement ni la validité, ni l'effet de telles déclarations³⁹⁹ », il paraît presque évident que l'effet d'une déclaration interprétative se produit essentiellement dans le cadre du processus fort complexe de l'interprétation.

244. Avant d'examiner le rôle qu'une telle déclaration peut avoir dans le processus d'interprétation, il convient cependant de préciser l'effet qu'elle ne peut certainement pas produire. Il ressort en effet clairement de la comparaison entre la définition des déclarations interprétatives et celle des réserves que tandis que les secondes visent à modifier le traité ou à en exclure certaines dispositions, les premières n'ont pour objectif que d'en préciser ou d'en clarifier le sens. L'auteur d'une déclaration interprétative ne cherche pas à se dégager des obligations internationales qui sont

les siennes dans le cadre du traité; il entend donner un sens particulier à ces obligations. Comme K. Yasseen l'a expliqué fort clairement,

[l]'État qui formule une réserve reconnaît que le traité a, d'une manière générale, une certaine portée; mais il désire modifier, restreindre ou élargir en ce qui le concerne une ou plusieurs dispositions du traité.

L'État qui fait une déclaration interprétative déclare qu'à son avis le traité ou un de ses articles doit être interprété d'une certaine façon; il donne une valeur objective et générale à cette interprétation. Autrement dit, il se considère comme lié par le traité et, par scrupule, il tient à exprimer son point de vue sur l'interprétation du traité⁴⁰⁰.

Si l'effet d'une déclaration interprétative consistait en la modification du traité, il ne s'agirait plus d'une déclaration interprétative, mais d'une réserve. Le commentaire de la Commission sur le paragraphe 1 d de l'article 2 de son projet d'articles de 1966 précise sans ambiguïté cette dialectique:

[I] n'est pas rare que les États, lorsqu'ils signent, ratifient, acceptent ou approuvent un traité, ou y adhèrent, fassent des déclarations sur la manière dont ils comprennent telle ou telle question ou sur leur interprétation d'une disposition particulière. Ces déclarations peuvent se borner à préciser la position d'un État ou, au contraire, avoir la valeur d'une réserve, selon qu'elles ont ou non pour effet de modifier ou d'exclure l'application des clauses du traité, telles qu'elles ressortent du texte adopté⁴⁰¹.

245. La Cour internationale de Justice a également souligné que l'interprétation d'un traité ne peut pas aboutir à sa modification. Comme elle l'a souligné dans son avis consultatif concernant l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*: «La Cour est appelée à interpréter les traités, non à les réviser⁴⁰².»

246. De ces éléments, on peut déduire qu'une déclaration interprétative ne peut aucunement modifier les dispositions du traité. Que l'interprétation soit correcte ou non, son auteur reste lié par les dispositions du traité. C'est certainement le sens qu'il faut donner au *dictum* de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Belilos* dans lequel elle a affirmé qu'une déclaration interprétative

peut jouer un rôle dans l'interprétation d'un article de la Convention. Si toutefois la Commission ou la Cour arrivaient à une interprétation différente, l'État concerné serait lié par cette interprétation⁴⁰³.

³⁹² *Annuaire... 1965*, vol. I, 799^e séance, p. 182, par. 25 et 26.

³⁹² *Ibid.*, 21^e séance, p. 123, par. 62.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ Voir *supra* la note 386.

³⁹⁵ Voir *supra* le paragraphe 238.

³⁹⁶ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 106, paragraphe 16 du commentaire relatif à la directive 1.2.

³⁹⁷ Directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) et commentaire y relatif, *ibid.*, p. 103 à 109.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 106, paragraphe 18 du commentaire.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 108, paragraphe 33 du commentaire.

⁴⁰¹ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 206, paragraphe 11 du commentaire. Voir aussi les explications de Sir Humphrey Waldock, dans *Annuaire... 1965*, vol. I, 799^e séance, p. 181, par. 14 («[L]e point essentiel est que, si la déclaration interprétative constitue une réserve, ses effets tombent sous le coup des dispositions des articles 18 à 22. En pareil cas, le consentement jouera mais sous la forme d'un rejet ou d'une acceptation de la réserve par les autres États intéressés. Si, au contraire, la déclaration ne prétend pas modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans son application à l'égard de l'État auteur de la déclaration, dans ce cas elle est interprétative et ce sont les dispositions relatives à l'interprétation qui la régissent»).

⁴⁰² *Interprétation des traités de paix (deuxième phase)*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 221, à la page 229. Voir aussi les décisions dans le cadre de l'*Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, arrêt du 27 août 1952, *C.I.J. Recueil 1952*, p. 176, à la page 196; et du *Sud-Ouest africain, deuxième phase*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, à la page 48, par. 91.

⁴⁰³ Conseil de l'Europe, rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 7 mai 1986, *Marlène Belilos c. Suisse*, requête n° 10328/83, par. 102.

Autrement dit, en faisant fond sur l'interprétation qu'il a unilatéralement proposée, un État ne se libère pas pour autant du risque de violer ses obligations internationales. Dans le cas où son interprétation ne correspond pas au «sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but» (art. 31, par. 1, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986), les actions qu'un État a accomplies au titre de l'exécution du traité risquent fort de ne pas être conformes à ce qui est requis de lui en vertu de ses obligations conventionnelles⁴⁰⁴.

247. Dans les cas où un État ou une organisation internationale a fait de son interprétation une condition dont il ou elle fait dépendre son engagement à être lié(e) par le traité en formulant une déclaration interprétative conditionnelle au sens de la directive 1.2.1 (Déclarations interprétatives conditionnelles)⁴⁰⁵, la situation se présente cependant légèrement différemment. Certes, si l'interprétation proposée par l'auteur de la déclaration et l'interprétation du traité donnée par un organe tiers autorisé⁴⁰⁶ demeurent concordantes, il n'y a aucun souci ; la déclaration interprétative reste seulement interprétative et peut jouer lors de l'opération d'interprétation du traité un rôle identique à celui de toute autre déclaration interprétative. Néanmoins, dans le cas où l'interprétation de l'auteur de la déclaration interprétative ne correspond pas à l'interprétation du traité établie objectivement (en suivant les règles des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986) par un tiers impartial, un problème surgit : l'auteur de la déclaration n'entend pas être lié par le traité tel qu'il se trouve interprété, mais seulement par le texte conventionnel interprété et appliqué de la manière qu'il a proposée. Il a alors conditionné son consentement à être lié par le traité à une «interprétation» particulière qui – par hypothèse – ne correspond pas au sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but (art. 31, par. 1, des Conventions de Vienne). Dans ce cas – mais dans ce cas seulement –, la déclaration interprétative conditionnelle doit être assimilée à une réserve et ne peut produire que les effets d'une réserve, si les conditions correspondantes ont été remplies. Cette éventualité, qui n'est pas seulement hypothétique, justifie donc que, bien qu'une telle déclaration interprétative ne vise pas, selon ses termes, à modifier le traité, elle doive quand même être soumise au même régime juridique que celui des réserves. Comme McRae l'a souligné,

[s]ince the declaring State is maintaining its interpretation regardless of the true interpretation of the treaty, it is purporting to exclude or to modify the terms of the treaty. Thus, the consequences attaching to

⁴⁰⁴ Voir aussi McRae, «The legal effect of interpretative declarations», p. 161 ; Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 126, ou Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, p. 326.

⁴⁰⁵ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 109 à 112.

⁴⁰⁶ Il n'est guère envisageable que l'interprétation «authentique» du traité (c'est-à-dire celle qui est donnée par l'ensemble des parties) s'éloigne de manière significative de celle donnée par l'auteur de la déclaration interprétative : par définition, une interprétation authentique émane de l'ensemble des parties [voir Salmon (dir. publ.), *Dictionnaire de droit international public*, p. 604 (Interprétation authentique) : «Interprétation émise par l'auteur ou par l'ensemble des auteurs de la disposition interprétée – notamment, pour un traité, par toutes les parties –, selon des formes telles que son autorité ne puisse être contestée» ; voir aussi *infra* les paragraphes 277 à 282].

the making of reservations should apply to such a declaration («étant donné que l'État auteur de la déclaration maintient son interprétation sans égard pour la véritable interprétation du traité, il vise à exclure ou à modifier les termes du traité. Dès lors, les conséquences attachées à la formulation de réserves devraient s'appliquer à une telle déclaration») ⁴⁰⁷.

248. Compte tenu de tout cela, le projet de directive 4.7.4 concerne le cas spécifique des déclarations interprétatives conditionnelles qu'il ne paraît pas possible d'assimiler purement et simplement aux réserves quant à sa définition, mais qui produisent les mêmes effets :

«4.7.4 Effets d'une déclaration interprétative conditionnelle

«Une déclaration interprétative conditionnelle produit les mêmes effets qu'une réserve conformément aux directives 4.1 à 4.6.»

249. Dans les cas d'une déclaration interprétative simple, en revanche, le simple fait de proposer une interprétation qui n'est pas conforme aux dispositions du traité ne change aucunement la position de son auteur par rapport au traité. Il y reste lié et doit le respecter. Cette position a été également confirmée par McRae :

[T]he State has simply indicated its view of the interpretation of the treaty, which may or may not be the one that will be accepted in any arbitral or judicial proceedings. In offering this interpretation the State has not ruled out subsequent interpretative proceedings nor has it ruled out the possibility that its interpretation will be rejected. Provided, therefore, that the State making the reservation still contemplates an ultimate official interpretation that could be at variance with its own view, there is no reason for treating the interpretative declaration in the same way as an attempt to modify or to vary the treaty («l'État a simplement indiqué son point de vue sur l'interprétation du traité, qui peut ou peut ne pas être celle qui sera acceptée dans une procédure arbitrale ou judiciaire. En formulant cette interprétation, l'État n'a exclu ni des procédures ultérieures visant à l'interprétation du traité ni la possibilité que son interprétation soit rejetée. À condition donc que l'État qui a formulé la réserve envisage toujours une interprétation finale et officielle qui pourrait être en désaccord avec sa propre position, il n'y a aucune raison de traiter la déclaration interprétative de la même manière qu'une tentative de modifier ou d'altérer le traité») ⁴⁰⁸.

250. Bien qu'une déclaration interprétative n'affecte donc pas la valeur normative et le caractère obligatoire des obligations contenues dans le traité, elle n'en est pas pourtant dépourvue de tout effet ou de tout rôle pour leur interprétation. Il a été déjà rappelé lors de l'examen de la question de la validité des déclarations interprétatives⁴⁰⁹ que, «[e]n vertu de sa souveraineté, chaque État a le droit d'indiquer le sens qu'il donne aux traités auxquels il est partie, en ce qui le concerne⁴¹⁰». Cela correspond à une nécessité : les destinataires d'une règle juridique

⁴⁰⁷ McRae, «The legal effect of interpretative declarations», p. 161. Voir aussi Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 147 et 148. M^{me} Heymann partage le point de vue selon lequel une déclaration interprétative conditionnelle doit être traitée comme une réserve seulement dans le cas où le traité crée un organe compétent pour en donner l'interprétation faisant autorité. Dans les autres cas, elle considère que la déclaration interprétative conditionnelle ne peut jamais modifier les dispositions du traité (*ibid.*, p. 148 à 150).

⁴⁰⁸ McRae, «The legal effect of interpretative declarations», p. 160.

⁴⁰⁹ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 142.

⁴¹⁰ Daillier, Forteau et Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, p. 277.

doivent nécessairement l'interpréter afin de l'appliquer et d'accomplir les obligations qui sont les leurs⁴¹¹.

251. Les déclarations interprétatives constituent avant tout l'expression de la conception que les parties se sont faite de leurs obligations internationales résultant du traité. Elles constituent des moyens pour déterminer l'intention avec laquelle les États contractants ou les organisations contractantes ont assumé les obligations conventionnelles. C'est à ce titre, en tant qu'élément relatif à l'interprétation du traité, que la jurisprudence⁴¹² et la doctrine ont affirmé la nécessaire prise en compte des déclarations interprétatives dans le processus conventionnel. McRae précise :

In fact, it is here that the legal significance of an interpretative declaration lies, for it provides evidence of intention in the light of which the treaty is to be interpreted (« en fait, c'est ici que réside la signification juridique d'une déclaration interprétative : elle apporte la preuve de l'intention à la lumière de laquelle le traité doit être interprété »)⁴¹³.

252. M^{me} Monika Heymann partage ce point de vue. Elle affirme d'une part qu'une interprétation qui n'est pas acceptée ou qui ne l'est que par certaines parties ne peut pas constituer un élément d'interprétation au titre de l'article 31 de la Convention de Vienne, mais elle ajoute d'autre part :

Dies schließt aber nicht aus, dass sie unter Umständen als Indiz für einen gemeinsamen Parteiwillen herangezogen werden könnte (« cela n'exclut cependant pas qu'elle puisse être utilisée, sous certaines conditions, comme indice de la volonté commune des parties »)⁴¹⁴.

253. Le Conseil constitutionnel français a affirmé le même point de vue et a clairement limité l'objet et le rôle d'une déclaration interprétative du Gouvernement français à la seule interprétation du traité :

Considérant, par ailleurs, que le Gouvernement français a accompagné sa signature d'une déclaration interprétative dans laquelle il précise le sens et la portée qu'il entend donner à la Charte ou à certaines de ses dispositions au regard de la Constitution ; qu'une telle déclaration unilatérale n'a d'autre force normative que de constituer un instrument en rapport avec le traité et concourant, en cas de litige, à son interprétation⁴¹⁵.

254. Le projet de directive 4.7, qui ouvre la section concernant les effets juridiques d'une déclaration interprétative, reprend ces deux idées afin de clarifier qu'une déclaration interprétative n'a pas d'incidence sur les droits et les obligations découlant du traité, d'une part, et qu'elle ne déploie ses effets que dans le processus de l'interprétation, d'autre part. Il pourrait être libellé ainsi :

« 4.7 Effets d'une déclaration interprétative »

« Une déclaration interprétative ne modifie pas les obligations résultant du traité. Elle ne peut que préciser ou clarifier le sens ou la portée que son auteur attribue à

un traité ou à certaines de ses dispositions et, à ce titre, constituer un élément à prendre en compte aux fins de l'interprétation du traité. »

255. D'autre part, il ne faut pas non plus oublier qu'une déclaration interprétative est également une déclaration unilatérale exprimant la volonté de son auteur d'accepter une certaine interprétation du traité ou de ses dispositions. À ce titre, bien que la déclaration, en tant que telle, ne crée pas de droits et obligations pour son auteur ou pour les autres parties au traité, elle peut empêcher son auteur de se prévaloir d'une position contraire à celle exprimée dans sa déclaration. Peu importe que l'on baptise ce phénomène d'estoppel⁴¹⁶ ou non ; il s'agit en tout cas d'un corollaire du principe de la bonne foi⁴¹⁷ : dans ses relations internationales, un État ne peut pas souffler le chaud et le froid. Il ne peut pas déclarer qu'il interprète une certaine disposition du traité d'une certaine façon et, devant le juge ou l'arbitre international, prendre la position contraire⁴¹⁸.

256. On ne saurait en déduire que l'auteur d'une déclaration interprétative est lié par l'interprétation qu'il

⁴¹⁶ Comme l'avait expliqué le juge Alfaro dans l'importante opinion individuelle qu'il avait jointe au second arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'*Affaire du temple de Préah Vihear*, « [q]uels que soient le ou les termes employés pour désigner le principe tel qu'il a été appliqué dans le domaine international [estoppel, préclusion, forclusion, acquiescement], sa substance est toujours la même : la contradiction entre les réclamations ou allégations présentées par un État et sa conduite antérieure à ce sujet n'est pas admissible (*allegans contraria non audiendus est*). Son objectif est toujours le même : un État n'est pas autorisé à tirer profit de ses propres contradictions au préjudice d'un autre État (*nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*). [...] Enfin, l'effet juridique de ce principe est toujours le même : la partie qui, par sa reconnaissance, sa représentation, sa déclaration, sa conduite ou son silence, a maintenu une attitude manifestement contraire au droit qu'elle prétend revendiquer devant un tribunal international est irrecevable à réclamer ce droit (*venire contra factum proprium non valet*) » [*Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt du 15 juin 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 6, à la page 40]. Voir aussi l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale du 12 juillet 1929 relatif à l'*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France*, C.P.J.I. série A n° 20, p. 38 et 39 ; et les arrêts de la Cour internationale de Justice du 20 février 1969, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, C.I.J. Recueil 1969, p. 3, à la page 26, par. 30 ; du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 392, à la page 415, par. 51 ; et du 13 septembre 1990, *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1990, p. 92, à la page 118, par. 63.

⁴¹⁷ Voir l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 12 octobre 1984, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, à la page 305, par. 130. Du reste, la doctrine est concordante sur ce point. C'est ainsi que Bowett expliquait, il y a plus d'un demi-siècle, que la raison d'être de l'estoppel résidait dans le principe de bonne foi : *The basis of the rule is the general principle of good faith and as such finds a place in many systems of law* (« le fondement de la règle est le principe général de la bonne foi, qui se retrouve, à ce titre, dans bien des systèmes juridiques ») [*Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence*], p. 176]. Voir aussi Crawford et Pellet, « Aspects des modes continentaux et anglo-saxons de plaidoiries devant la C.I.J. ».

⁴¹⁸ Voir les Principes directeurs applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques, adoptés en 2006 par la Commission du droit international, principe n° 10 : « Une déclaration unilatérale qui a créé des obligations juridiques à la charge de l'État auteur ne saurait être arbitrairement rétractée. Pour apprécier si une rétractation serait arbitraire, il convient de prendre en considération : [...] b) la mesure dans laquelle les personnes auxquelles les obligations sont dues ont fait fond sur ces obligations », *Annuaire... 2006*, vol. II (2^e partie), p. 169.

⁴¹¹ Abi-Saab, « "Interprétation" et "auto-interprétation"... », p. 14.

⁴¹² Voir *supra* la note 403.

⁴¹³ McRae, « The legal effect of interpretative declarations », p. 169.

⁴¹⁴ Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 135.

⁴¹⁵ Conseil constitutionnel, décision n° 99-412 DC, 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, *Journal officiel de la République française*, 18 juin 1999, p. 8965, par. 4.

propose – et qui, par ailleurs, peut s'avérer mal fondée. La valeur de cette dernière dépend d'autres circonstances et ne peut être appréciée que selon les règles qui régissent le processus de l'interprétation. À ce titre, on ne peut qu'approuver l'analyse de Bowett :

The estoppel rests on the representation of fact, whereas the conduct of the parties in construing their respective rights and duties does not appear as a representation of fact so much as a representation of law. The interpretation of rights and duties of parties to a treaty, however, should lie ultimately with an impartial international tribunal, and it would be wrong to allow the conduct of the parties in interpreting these rights and duties to become a binding interpretation on them (« l'estoppel repose sur la représentation des faits, tandis que le comportement des parties dans la détermination de leurs droits et obligations respectifs apparaît plus comme une représentation du droit qu'une représentation des faits. Toutefois, l'interprétation des droits et obligations d'une partie au traité devrait incomber, en dernier ressort, à un tribunal impartial, car il serait mauvais de laisser le comportement des parties relatif à l'interprétation de ces droits et obligations de se transformer en une interprétation obligatoire pour elles »)⁴¹⁹.

257. Il n'en reste pas moins que l'auteur d'une déclaration interprétative a créé, en formulant une interprétation dans un sens donné, une attente chez ses cocontractants qui, agissant de bonne foi, peuvent en tenir compte et tabler sur elle⁴²⁰. L'auteur d'une déclaration interprétative ne pourra donc pas changer sa position à sa guise aussi longtemps que sa déclaration n'aura pas été retirée ou modifiée. Il convient au demeurant de rappeler que, en vertu des projets de directives 2.4.9 (Modification d'une déclaration interprétative)⁴²¹ et 2.5.12 (Retrait d'une déclaration interprétative)⁴²², l'auteur d'une déclaration interprétative est libre de la modifier ou de la retirer à tout moment.

258. Comme l'auteur de la déclaration interprétative, un État ou une organisation internationale qui a approuvé cette déclaration est certainement également empêché d'invoquer, vis-à-vis de l'auteur de la déclaration, une interprétation différente.

259. Au bénéfice de ces remarques, il convient donc d'insérer dans le Guide de la pratique un projet de directive 4.7.2 qui rend compte de cette opposabilité d'une déclaration interprétative vis-à-vis de son auteur :

« 4.7.2 Valeur d'une déclaration interprétative à l'égard de son auteur

« L'auteur d'une déclaration interprétative ou l'État ou l'organisation internationale l'ayant approuvée ne peut pas se prévaloir d'une interprétation qui est en contradiction avec celle proposée dans sa déclaration. »

⁴¹⁹ Bowett, « Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence », p. 189 et 190. Voir aussi McRae, « The legal effect of interpretative declarations », p. 168.

⁴²⁰ Voir Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 142.

⁴²¹ Cette directive dispose ceci : « À moins que le traité ne dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite ou modifiée qu'à des moments spécifiés, une déclaration interprétative peut être modifiée à tout moment » [Annuaire... 2004, vol. II (2^e partie), p. 112].

⁴²² Cette directive prévoit ceci : « Une déclaration interprétative peut être retirée à tout moment suivant la même procédure que celle applicable à sa formulation et par les autorités qui ont compétence à cette fin » (ibid., p. 113).

260. En raison de la nature même de l'opération d'interprétation – qui constitue un processus⁴²³, un art plutôt qu'une science exacte⁴²⁴ –, il n'est pas possible d'une manière générale et abstraite d'apprécier la valeur d'une interprétation autrement qu'en recourant à la « règle générale d'interprétation » figurant dans l'article 31 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et qu'il ne saurait être question de remettre en question ni de « revisiter » à l'occasion du présent exercice. Dès lors, dans le cadre de la présente étude, toute recherche doit être nécessairement limitée à la question de l'autorité d'une interprétation proposée dans une déclaration interprétative et à celle de sa valeur probante pour tout interprète tiers, c'est-à-dire sa place et son rôle dans le processus de l'interprétation.

261. En ce qui concerne la première question – l'autorité de l'interprétation proposée par l'auteur d'une déclaration interprétative –, il ne faut pas perdre de vue que, en vertu de la définition des déclarations interprétatives, il s'agit d'une déclaration unilatérale⁴²⁵. L'interprétation qu'elle propose n'est donc, elle-même, qu'une interprétation unilatérale qui, en tant que telle, ne jouit pas d'une valeur particulière et ne peut certainement pas, en tant que telle, lier les autres parties au traité. Ce principe de bon sens a été déjà affirmé par Vattel :

Ni l'un ni l'autre des intéressés, ou des contractants, n'est en droit d'interpréter à son gré l'acte ou le traité⁴²⁶.

Lors de la discussion relative au projet d'article 70 (qui est devenu l'article 31) renfermant la règle générale d'interprétation, M. Rosenne a estimé

qu'il pourrait se présenter une situation où, par exemple, le Sénat des États-Unis aurait donné, au sujet du sens d'un traité, une interprétation unilatérale que l'autre partie ne serait pas nécessairement disposée à accepter. Une telle déclaration interprétative, purement unilatérale, faite à propos de la conclusion d'un traité ne peut avoir force obligatoire pour les parties⁴²⁷.

262. L'Organe d'appel de l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce a exprimé la même idée de la façon suivante :

Le but de l'interprétation des traités conformément à l'article 31 de la *Convention de Vienne* est d'établir les intentions communes des parties. Ces intentions communes ne peuvent pas être établies sur la base des « attentes » subjectives et déterminées de manière unilatérale d'une des parties à un traité⁴²⁸.

263. Étant donné qu'il s'agit de la seule intention unilatérale de l'auteur de la déclaration – ou, si elle a été approuvée par certaines parties aux traités, au mieux

⁴²³ Une opération « logico-intellective » selon Sapienza (« Les déclarations interprétatives unilatérales et l'interprétation des traités », p. 623).

⁴²⁴ *Annuaire... 2009*, vol. II (1^{re} partie), document A/CN.4/614 et Add.1 et 2, par. 140 et 141.

⁴²⁵ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), p. 103 à 109.

⁴²⁶ Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle...*, livre II, p. 462, par. 265.

⁴²⁷ *Annuaire... 1964*, vol. I, 769^e séance, p. 327, par. 52.

⁴²⁸ Rapport de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce, décision du 5 juin 1998, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques*, WT/DS62-67-68/AB/R, par. 84.

d'une intention partagée⁴²⁹ –, on ne peut certainement pas lui conférer une valeur objective, opposable *erga omnes*, encore moins celle d'une interprétation authentique acceptée par toutes les parties⁴³⁰. Sans être déterminante pour le sens à attribuer aux termes du traité, elle a toutefois une certaine incidence dans le processus interprétatif.

264. Il est cependant difficile de déterminer avec exactitude à quel titre une déclaration interprétative entre dans le cercle des «éléments» d'interprétation des articles 31 et 32 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Déjà Sir Humphrey avait, d'une façon particulièrement prudente, laissé planer un certain doute sur la question :

Si la Commission n'a pas traité des déclarations d'interprétation dans la présente section, c'est simplement parce que ces déclarations ne sont pas des réserves et intéressent plutôt l'interprétation que la conclusion des traités. Elles semblent se rapporter davantage aux articles 69 à 71. Ces articles stipulent qu'«aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte du traité» s'entend comme comprenant «tout accord ou instrument annexé au traité ou ayant rapport au traité, et qui a été établi ou rédigé à l'occasion de la conclusion du traité» (art. 69, par. 2), qu'on tiendra compte «en même temps que du contexte du traité», aux fins de son interprétation, de «tout accord intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité» et «de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est clairement établi l'accord de toutes les parties à l'égard de son interprétation» (art. 69, par. 3), qu'on peut recourir à des «moyens complémentaires d'interprétation» et notamment «aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu» (art. 70) et qu'un sens autre que le sens ordinaire peut être donné à un terme s'il est établi de manière incontestable que les parties entendaient donner à ce terme ce sens particulier. Chacune de ces dispositions peut jouer lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet juridique d'une déclaration interprétative dans un cas donné. [...] À notre avis, la Commission a eu tout à fait raison de décider que la question des déclarations interprétatives relevait des articles 69 à 71 plutôt que de la section consacrée aux réserves⁴³¹.

265. L'assimilation des déclarations interprétatives à l'un des éléments à prendre en considération pour l'interprétation du traité dépend pour l'essentiel du contexte de la déclaration et de l'assentiment des autres États parties. Mais il est particulièrement intéressant de souligner que, en 1966, le Rapporteur spécial a très clairement refusé d'intégrer dans le «contexte» les déclarations unilatérales ou les accords *inter partes*, alors que les États-Unis d'Amérique l'avaient suggéré par la voie d'un amendement. Le Rapporteur spécial avait expliqué que seule une certaine mesure d'assentiment de la part des autres parties au traité aurait permis cette

intégration des déclarations ou des accords *inter partes* au contexte interprétatif :

Pour ce qui est du fond du paragraphe 2, [...] [l]a suggestion du Gouvernement des États-Unis, qui estime qu'il faudrait préciser si la définition du «contexte» comprend : 1) un document unilatéral et 2) un document sur lequel se sont entendues plusieurs parties mais non toutes les parties à un instrument multilatéral, pose à la fois des problèmes de fond et de rédaction qui n'ont pas échappé à l'attention de la Commission en 1964, mais qu'elle a trouvés difficiles à résoudre à la seizième session. [...] Mais il semble évident, pour des raisons de principe, qu'un document unilatéral ne peut pas être considéré comme faisant partie du «contexte» aux fins de l'interprétation d'un traité, à moins que les autres parties n'admettent qu'il y a lieu de tenir compte dudit document pour interpréter le traité ou pour déterminer les conditions auxquelles la partie intéressée a accepté le traité. De même, lorsqu'il s'agit d'un document émanant d'un groupe de parties à un traité multilatéral, des considérations de principe semblent indiquer que les autres parties doivent reconnaître que ledit document est important pour l'interprétation du traité. La question de savoir si un document «unilatéral» ou un document émanant d'un «groupe» fait partie du contexte dépend des circonstances particulières à chaque espèce et nous estimons qu'il n'est pas souhaitable que la Commission cherche à aller au-delà d'une simple affirmation du principe essentiel, à savoir la nécessité d'un assentiment exprès ou implicite⁴³².

266. M. Sapienza conclut également que les déclarations interprétatives qui n'ont pas reçu l'approbation des autres parties ne rentrent pas dans le champ d'application du paragraphe 2 b de l'article 31 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 :

In primo luogo, ci si potrebbe chiedere quale significato debba attribuirsi all'espressione «accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité». Deve intendersi nel senso che l'assenso delle altre parti debba limitarsi al fatto che lo strumento in questione possa ritenersi relativo al trattato o, invece, nel senso che debba estendersi anche al contenuto dell'interpretazione? Ci pare che l'alternativa non abbia, in realtà, motivo di porsi, dato che il paragrafo 2 afferma che dei documenti in questione si terrà conto «ai fini dell'interpretazione». Dunque, l'accettazione delle altre parti nei confronti degli strumenti di cui alla lettera (b) non potrà che essere un consenso a che l'interpretazione contenuta nella dichiarazione venga utilizzata nella ricostruzione del contenuto normativo delle disposizioni convenzionali cui afferisce, anche nei confronti degli altri Stati («en premier lieu, on pourrait s'interroger sur la signification qu'il faut attribuer à l'expression «accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité». Signifie-t-elle que l'assentiment des autres parties doit se limiter au fait que l'instrument en question est effectivement en rapport avec le traité ou, plutôt, doit-il s'étendre au contenu de l'interprétation? Il nous semble que, en réalité, il n'y a pas d'alternative, puisque le paragraphe 2 affirme que les documents en question seront pris en compte «aux fins de l'interprétation». Par conséquent, l'acceptation par les autres parties à l'égard des instruments de la lettre (b) ne pourra qu'être un consentement à ce que l'interprétation contenue dans la déclaration soit utilisée dans la reconstruction du contenu normatif des dispositions conventionnelles en question, même à l'égard des autres États»⁴³³.

267. Et pourtant, bien que, à première vue, de telles déclarations interprétatives ne semblent pas rentrer dans le cadre des articles 31 et 32 des Conventions de Vienne,

⁴²⁹ Heymann (*Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 135) a expliqué à cet égard ceci : *Wird eine einfache Interpretationserklärung nur von einem Teil der Vertragsparteien angenommen, ist die Interpretation geteilt, kein selbstständiger Auslegungsfaktor im Sinne der [Wiener Vertragsrechtskonvention]. Dies liegt daran, dass bei der Auslegung eines Vertrags die Absichten aller Vertragsparteien zu berücksichtigen sind und die Interpretation geteilt immer nur den Willen einer mehr oder weniger großen Gruppe von Vertragsparteien zum Ausdruck bringt* («lorsqu'une déclaration interprétative simple n'est acceptée que par une partie des parties contractantes, l'interprétation partagée ne constitue pas un facteur autonome pour l'interprétation au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Il en va ainsi parce que, lors de l'interprétation du traité, les intentions de toutes les parties doivent être prises en compte tandis que l'interprétation partagée n'exprime que la volonté d'un groupe plus ou moins important des parties contractantes»).

⁴³⁰ Sur ce cas, voir *infra* les paragraphes 277 à 282.

⁴³¹ *Annuaire... 1965*, vol. II, document A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 52, par. 2 (Observations et propositions du Rapporteur spécial sur les projets d'articles 18, 19 et 20).

⁴³² Sixième rapport sur le droit des traités de Sir Humphrey Waldock, *Annuaire... 1966*, vol. II, document A/CN.4/186 et Add.1 à 7, p. 106, par. 16 (Observations et propositions du Rapporteur spécial sur les projets d'articles 69, 70 et 71).

⁴³³ Sapienza, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, p. 239 et 240. Voir aussi Jennings et Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 1268 [An interpretation agreed between some only of the parties to a multilateral treaty may, however, not be conclusive, since the interests and intentions of the other parties may have to be taken into consideration («une interprétation sur laquelle s'accordent seulement quelques-unes des parties à un traité multilatéral peut cependant ne pas être déterminante dès lors que les intérêts et les intentions des autres parties peuvent devoir être pris en considération»)].

il n'en reste pas moins qu'elles constituent l'expression (unilatérale) de l'intention d'une des parties au traité et peuvent, à ce titre jouer un certain rôle dans le processus de l'interprétation.

268. Dans son avis consultatif relatif au *Statut international du Sud-Ouest africain*, la Cour internationale de Justice a noté ceci au sujet des déclarations de l'Union sud-africaine portant sur ses obligations internationales découlant du Mandat :

Ces déclarations constituent la reconnaissance par le Gouvernement de l'Union de la continuation de ses obligations en vertu du Mandat et non une simple indication quant à la conduite future de ce Gouvernement. L'interprétation d'instruments juridiques donnée par les parties elles-mêmes, si elle n'est pas concluante pour en déterminer le sens, jouit néanmoins d'une grande valeur probante quand cette interprétation contient la reconnaissance par l'une des parties de ses obligations en vertu d'un instrument. Dans le cas présent, les déclarations de l'Union sud-africaine corroborent les conclusions déduites par la Cour⁴³⁴.

269. La Cour précise ainsi que les déclarations étatiques relatives à leurs obligations internationales ont une « valeur probante » pour l'interprétation des termes des instruments juridiques auxquels elles se rapportent, mais qu'elles viennent en appui d'une interprétation déjà dégagée par d'autres méthodes, pour la « corroborer ». En ce sens, une déclaration interprétative peut alors confirmer une interprétation fondée sur les éléments objectifs énumérés dans les articles 31 et 32 des Conventions de Vienne.

270. Dans l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*⁴³⁵, la Cour a été de nouveau saisie de la question de valeur d'une déclaration interprétative. Lors de la signature et lors de la ratification de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, la Roumanie a formulé la déclaration interprétative suivante :

La Roumanie déclare que, conformément aux exigences de l'équité telles qu'elles découlent des articles 74 et 83 de la Convention sur le droit de la mer, les îles non habitées et dépourvues de vie économique propre ne peuvent affecter d'aucune manière la délimitation des espaces maritimes qui appartiennent aux côtes principales des États riverains⁴³⁶.

Dans son arrêt, la Cour n'a cependant guère prêté attention à la déclaration roumaine et s'est bornée à noter ceci :

Enfin, pour ce qui est de la déclaration de la Roumanie [...], la Cour fait observer que l'article 310 de la CNUDM [Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] n'interdit pas à un État de formuler de telles déclarations au moment où il signe ou ratifie la convention, ou adhère à celle-ci, à condition que pareilles déclarations ne visent pas à exclure ou modifier l'effet juridique des dispositions de la CNUDM dans leur application à l'État qui en est l'auteur. Aussi la Cour appliquera-t-elle les dispositions pertinentes de la CNUDM telles qu'interprétées dans sa jurisprudence, conformément à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. La déclaration de la Roumanie en tant que telle n'a aucune incidence sur l'interprétation de la Cour⁴³⁷.

271. La formulation est radicale et semble remettre en question toute utilité des déclarations interprétatives. Elle laisse entendre que la déclaration n'a « aucune »

incidence » sur l'interprétation que la Cour est appelée à faire des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Pourtant, l'utilisation de l'expression « en tant que telle » permet de nuancer cette observation radicale : la Cour ne se considère pas liée par l'interprétation unilatérale que la Roumanie a proposée. Cela n'exclut cependant pas que cette interprétation unilatérale ait une influence en tant que moyen de preuve ou qu'élément apte à corroborer l'interprétation de la Cour « conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ».

272. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une approche similaire. Après la Commission européenne des droits de l'homme, qui avait déjà affirmé qu'une déclaration interprétative « peut jouer un rôle dans l'interprétation d'un article de la Convention⁴³⁸ », la Cour a retenu la même approche dans l'affaire *Krombach c. France* : les déclarations interprétatives peuvent confirmer une interprétation dégagée selon les règles de l'art. Ainsi, pour répondre à la question de savoir si la juridiction supérieure en matière pénale peut se limiter à une analyse des questions de droit, la Cour a examiné d'abord la pratique des États, puis sa propre jurisprudence en la matière, pour, en dernier lieu, faire mention d'une déclaration interprétative française :

La Cour rappelle que les États contractants disposent en principe d'un large pouvoir d'appréciation pour décider des modalités d'exercice du droit prévu par l'article 2 du Protocole n° 7 à la Convention. Ainsi, l'examen d'une déclaration de culpabilité ou d'une condamnation par une juridiction supérieure peut soit porter sur des questions tant de fait que de droit soit se limiter aux seuls points de droit ; par ailleurs, dans certains pays, le justiciable désireux de saisir l'autorité de recours doit quelquefois solliciter une autorisation à cette fin. Toutefois, les limitations apportées par les législations internes au droit de recours mentionné par cette disposition doivent, par analogie avec le droit d'accès au tribunal consacré par l'article 6, paragraphe 1 de la Convention, poursuivre un but légitime et ne pas porter atteinte à la substance même de ce droit (*Haser c. Suisse* (déc.), n° 33050/96, 27 avril 2000, non publiée). Conforme en elle-même à l'exception autorisée par le paragraphe 2 de l'article 2, cette disposition est corroborée par la déclaration interprétative de la France qui énonce que : « Au sens de l'article 2, paragraphe 1, l'examen par une juridiction supérieure peut se limiter à un contrôle de l'application de la loi, tel que le recours en cassation. »⁴³⁹

273. C'est également à ce titre que les États mettent en avant leurs déclarations interprétatives. Ainsi, lors des plaidoiries dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique)*, l'agent des États-Unis a appuyé son argumentation, accessoirement, sur la déclaration interprétative faite par les États-Unis afin de démontrer que le *mens rea specialis* est un élément *sine qua non* de la qualification de génocide :

[L]a nécessité de démontrer en pareille circonstance l'existence expresse de l'élément intentionnel requis par la convention a été affirmée très clairement dans la déclaration interprétative formulée par les États-Unis au moment de la ratification de la convention par ce pays. Dans cette déclaration interprétative, il est dit que « les actes commis au cours de conflits armés sans l'intention expresse énoncée à l'article II ne sont pas suffisants pour constituer un génocide au sens de la présente convention ». La République fédérative socialiste de Yougoslavie n'a pas fait objection à cette déclaration interprétative et le demandeur n'a pas tenté ici de la remettre en question⁴⁴⁰.

⁴³⁴ Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 128, aux pages 135 et 136.

⁴³⁵ Arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 61.

⁴³⁶ *Traité multilatéraux...* (voir *supra* la note 35), chap. XXI.6.

⁴³⁷ *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)* [voir *supra* la note 435], p. 78, par. 42.

⁴³⁸ Voir *supra* la note 403.

⁴³⁹ Arrêt du 13 février 2001, *Krombach c. France*, n° 29731/96, par. 96, CEDH 2001-II.

⁴⁴⁰ Compte rendu CR 99/35, 12 mai 1999, p. 9 (M. Andrews).

274. Il résulte donc de la pratique et des analyses doctrinales que les déclarations interprétatives n'interviennent qu'en tant que moyen auxiliaire ou complémentaire d'interprétation, qui vient corroborer un sens révélé par les termes du traité, considérés à la lumière de l'objet et du but de celui-ci. À ce titre, elles ne produisent pas d'effet autonome; quand effet il y a, elles sont associées à un autre instrument d'interprétation, qu'elles viennent appuyer la plupart du temps.

275. L'interprète peut donc s'appuyer sur des déclarations interprétatives pour confirmer ses conclusions quant à l'interprétation d'un traité ou d'une disposition du traité. Elles constituent l'expression d'un élément subjectif d'interprétation – l'intention d'un des États parties – et sont, à ce titre, susceptible de confirmer «le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but». Dans cet esprit, il convient également de prendre en considération les réactions que les autres parties – qui sont potentiellement autant d'autres interprètes du traité – ont pu exprimer quant à la déclaration interprétative. Une déclaration interprétative qui a été approuvée par un ou plusieurs États a certainement une plus grande valeur probante quant à l'intention des parties, qu'une déclaration interprétative qui a fait l'objet d'une opposition⁴⁴¹.

276. Cet effet «confirmatif» des déclarations interprétatives fait l'objet du projet de directive 4.7.1, qui pourrait se lire ainsi :

«4.7.1 Clarification des termes du traité par une déclaration interprétative

«Une déclaration interprétative peut contribuer à éclairer le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but de celui-ci conformément à la règle générale d'interprétation des traités.

«Dans l'appréciation du poids à accorder à une déclaration interprétative dans l'interprétation du traité, il sera dûment tenu compte des approbations et des oppositions dont elle a fait l'objet de la part d'autres États contractants et organisations contractantes.»

277. L'assentiment des autres parties au traité à une déclaration interprétative change cependant radicalement la situation. Sir Humphrey Waldock a ainsi rappelé au sein de la Commission du droit international que cette dernière

a reconnu que, pour déterminer si les déclarations des parties étaient pertinentes aux fins de l'interprétation, il fallait s'assurer qu'elles constituent une indication établissant le commun accord des parties. L'assentiment des autres parties est essentiel⁴⁴².

278. L'accord unanime de toutes les parties constitue donc un véritable accord interprétatif qui représente la volonté des «maîtres du traité» et, à ce titre, constitue une interprétation authentique⁴⁴³. Un exemple constitue

⁴⁴¹ McRae, «The legal effect of interpretative declarations», p. 169 et 170.

⁴⁴² *Annuaire... 1966*, vol. I (1^{re} partie), 829^e séance, p. 49, par. 53. Voir aussi Kolb, *Interprétation et création du droit international*, p. 609.

⁴⁴³ Voir *supra* la note 406. Voir aussi Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 130 à 135;

l'approbation unanime des États contractants au Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Pacte Briand-Kellogg) à la déclaration interprétative des États-Unis d'Amérique concernant le droit à la légitime défense⁴⁴⁴.

279. Dans cette hypothèse, il reste également difficile de déterminer si l'accord interprétatif fait partie du contexte interne (art. 31, par. 2, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986) ou externe (art. 31, par. 3) du traité. En réalité, tout dépend des circonstances dans lesquelles la déclaration a été formulée et dans lesquelles elle a été approuvée par les autres parties. En effet, dans le cas où une déclaration est faite avant la signature du traité et est approuvée lorsque (ou avant que) toutes les parties expriment leur consentement à être liées, la conjonction de la déclaration et de son approbation unanime apparaît comme un accord interprétatif qui peut être compris comme étant un «accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité» au sens du paragraphe 2 a de l'article 31 ou comme un «instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité», au sens du paragraphe 2 b du même article. Si, cependant, l'accord interprétatif n'intervient qu'après la conclusion du traité, on peut se demander s'il s'agit d'une simple «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité», au sens du paragraphe 3 b de l'article 31, ou si, en raison de son caractère formel, le jeu de déclaration et d'approbation unanime constitue un véritable «accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» (art. 31, par. 3 a)⁴⁴⁵.

280. Sans vraiment trancher la question, la Commission a exposé ce qui suit dans son commentaire du paragraphe 3 a de l'article 27 (qui est devenu l'article 31) de son projet d'articles :

La question de fait se pose quelquefois de savoir si l'accord intervenu durant les négociations sur le sens d'une disposition constitue ou non, dans l'intention des parties, une base convenue pour son interprétation. Mais on ne saurait contester que, lorsqu'il est établi qu'un accord au sujet de l'interprétation d'une disposition a été réalisé avant la conclusion du traité ou au moment même de sa conclusion, cet accord doit être considéré comme faisant partie du traité. Ainsi, dans l'*Affaire Ambatielos*, la Cour a déclaré ce qui suit : «... les dispositions de la Déclaration ont le caractère de clauses interprétatives et comme telles devraient être considérées comme parties intégrantes du Traité...». De même, un accord sur l'interprétation d'une disposition réalisé après la conclusion du traité constitue une interprétation authentique des parties, qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation⁴⁴⁶.

281. Il n'en reste pas moins qu'un accord entre les parties quant à l'interprétation du traité doit être pris en compte en même temps que le texte.

Voici, *De l'interprétation authentique des traités internationaux*, p. 134; ou Herdegen, «Interpretation in international Law», par. 34.

⁴⁴⁴ «Notes between the United States and other Powers», *AJIL, Supplement*, vol. 23, 1929, p. 1 à 13.

⁴⁴⁵ Dans ce sens, voir notamment Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 130.

⁴⁴⁶ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 241, paragraphe 14 du commentaire. Concernant l'*Affaire Ambatielos (compétence)*, arrêt du 1^{er} juillet 1952, voir *C.I.J. Recueil*, p. 28.

282. Le projet de directive 4.7.3 fait droit à cette pratique des déclarations interprétatives approuvées par toutes les parties au traité :

«**4.7.3** *Effets d'une déclaration interprétative approuvée par tous les États contractants et organisations contractantes*

«Une déclaration interprétative qui a été approuvée par tous les États contractants et organisations contractantes constitue un accord au sujet de l'interprétation du traité.»

283. Même dans le cas où un accord unanime sur une déclaration interprétative ne peut pas être assuré, cette

dernière ne perd cependant pas tout son intérêt. Comme une telle déclaration peut être à la source d'un accord sur l'interprétation du traité, elle peut également empêcher qu'un tel accord se forme⁴⁴⁷. McRae a noté à cet égard ceci :

The "mere interpretative declaration" serves notice of the position to be taken by the declaring State and may herald a potential dispute between that State and other contracting parties («la "déclaration interprétative simple" constitue un avertissement concernant la position que l'État auteur va prendre et peut annoncer un conflit potentiel entre cet État et d'autres parties contractantes») ⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Heymann, *Einseitige Interpretationserklärungen zu multilateralen Verträgen*, p. 129.

⁴⁴⁸ McRae, «The legal effect of interpretative declarations», p. 160 et 161.