

Document:-  
**A/CN.4/SR.2856**

**Compte rendu analytique de la 2856e séance**

sujet:  
**Les réserves aux traités**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**2005, vol. I**

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International  
(<http://legal.un.org/ilc/>)*

l'intention d'ouvrir un quelconque débat sur leur valeur intrinsèque.

65. Le PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial de son résumé. Il pense que la Commission doit poursuivre ses travaux sur les actes unilatéraux des États et propose de demander au Groupe de travail, présidé par M. Pellet, d'analyser les éléments qui se sont dégagés des débats.

*Il en est ainsi décidé.*

*La séance est levée à 13 h 5.*

## 2856<sup>e</sup> SÉANCE

*Vendredi 22 juillet 2005, à 10 h 5*

*Président: M. Djamchid MOMTAZ*

*Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Candiotti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M<sup>me</sup> Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemi-cha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M<sup>me</sup> Xue, M. Yamada.*

### **Les réserves aux traités (suite\*) [A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, et A/CN.4/L.665]**

[Point 6 de l'ordre du jour]

#### DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à commenter les sections A et B du dixième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités.

2. M. GAJA dit que le dixième rapport sur les réserves aux traités est une œuvre remarquable qui couvre une importante partie du sujet des réserves. L'analyse que fait M. Pellet est à de nombreux égards plus approfondie que celle qu'on peut trouver dans l'abondante doctrine en la matière.

3. Pour ce qui est de la terminologie, M. Gaja n'a pas d'objections quant au choix de termes proposés. En français, le terme « invalide » indique bien qu'une réserve n'a pas le caractère nécessaire pour atteindre le résultat visé par l'État qui la formule, à savoir, comme l'indique l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, « exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État [réservataire] ». Il faut toutefois bien préciser qu'outre qu'elle empêche la réserve de produire les effets

visés par l'État qui la formule, l'invalidité affecte aussi la ratification ou l'acte équivalent que la réserve accompagne, et qui devrait en principe être aussi considéré comme invalide. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que seule la réserve invalide pourrait être considérée comme nulle et non avenue. Si ce point n'est pas souligné, le terme « invalide » risque de donner à penser que la réserve peut être ignorée et que le traité est accepté *in toto*, ce qui n'est probablement pas ce que le Rapporteur spécial a à l'esprit.

4. En ce qui concerne le projet de directive 3.1 (par. 20 du rapport), M. Gaja préférerait qu'il indique les conditions de validité qui ont trait au contenu des réserves. Il n'est guère utile de reproduire intégralement le texte de l'article 19 de la Convention de Vienne dans le projet. Cet article traite aussi du moment où une réserve est faite, ce qui, comme le Rapporteur spécial l'a souligné, est superflu, cette question étant déjà traitée dans la définition (art. 2, par. 1 *d*). Si la répétition est dans une certaine mesure justifiée dans la Convention de Vienne, elle l'est moins dans les projets de directive: dans la Convention de Vienne, l'article 19 est le premier article portant sur les réserves, puisqu'il constitue la première disposition de la section qui leur est consacrée. Ainsi, il est peut-être utile de rappeler qu'il existe un problème temporel. À l'opposé, le projet de directive 3.1 est précédé par toute une partie relative à la procédure, qui envisage le problème temporel en détail, et il semble donc assez étrange d'y revenir à ce point du projet.

5. S'agissant du projet de directive 3.1.1 (par. 32), le titre contient le mot « expressément », qui ne figure pas à l'alinéa *a* de l'article 19 de la Convention de Vienne. Il est probablement inhabituel qu'un traité interdise implicitement la formulation de réserves dans d'autres cas que ceux envisagés à l'alinéa *b* de l'article 19. Toutefois, l'existence d'autres interdictions implicites ne peut être catégoriquement exclue. Ainsi, l'interdiction implicite énoncée à l'alinéa *b* n'est pas la seule, et certaines situations peuvent aussi survenir relevant de l'alinéa *a*. Pour citer un exemple, la Charte des Nations Unies ne contient pas de disposition sur les réserves, mais une interdiction implicite figure dans l'Article 4, qui exige des États voulant devenir Membres qu'ils acceptent les obligations énoncées dans la Charte. Ceci indique qu'une acceptation totale est requise et donc qu'aucune réserve ne peut être formulée. Le projet de directive 3.1.1 ne devrait donc pas se limiter aux interdictions expresses mais envisager aussi les interdictions implicites qui ne sont pas couvertes à l'alinéa *b*.

6. Du point de vue de la forme, l'expression « interdisant des réserves à des dispositions déterminées » dans le projet de directive 3.1.1 pourrait être mal interprétée comme signifiant qu'une interdiction concernant des dispositions déterminées invalide toutes les réserves. Il est clair que ce n'est pas ce que le Rapporteur spécial a à l'esprit. La réserve en question n'est pas interdite si elle ne figure pas dans la liste des réserves interdites. À l'évidence, le fait qu'une disposition d'un traité interdise les réserves à des dispositions déterminées spécifiques ne signifie pas que toute réserve est interdite.

7. Pour ce qui est du projet de directive 3.1.2 (par. 49), notant que l'alinéa *b* de l'article 19 vise le cas où un traité

\* Reprise des débats de la 2854<sup>e</sup> séance.

« dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites », M. Gaja relève que le mot « seules » est vital, parce qu'il signifie qu'une réserve valide ne pourrait être faite sur une autre partie du traité. Savoir s'il y a ou non cet élément d'exclusion est une question d'interprétation des traités. Dans le cas d'un traité qui prévoit que seules des réserves déterminées peuvent être faites, il est nécessaire de décider si une réserve qui a été faite peut être rangée parmi les réserves déterminées qui sont seules valides ou si, au contraire, elle ne le peut pas et est donc implicitement (ou indirectement) interdite. À cette fin, il convient de déterminer la catégorie de réserves que le traité considère comme les seules valides. Dans le projet de directive 3.1.2, la définition des mots « réserves déterminées » qui figurent à l'alinéa *b* de l'article 19 est accompagnée d'éléments additionnels qui ne sont pas essentiels et devraient être supprimés. Pour M. Gaja, la définition proposée n'est pas étayée par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*. Le tribunal arbitral a fait observer que l'article 12 de la Convention de Genève sur le plateau continental, qui autorise les réserves à des articles autres que les articles 1 à 3, ne permettait pas de « contester le droit, pour la République française, d'être partie à la Convention avec des réserves permises par cet article » [p. 161 de la sentence]. Ainsi, la validité de principe de la réserve française, qui portait sur l'article 6 de la même Convention, n'était pas en cause. Le tribunal a ensuite exclu la possibilité que la réserve française puisse être considérée comme acceptée d'avance, soulignant que « ce ne serait que si l'article en question avait autorisé la formulation de réserves spécifiques que l'on pourrait considérer que des parties à la Convention ont accepté d'avance une réserve déterminée » [ibid.].

8. Ces exposés semblent faire apparaître une distinction entre, d'une part, la question de savoir si le traité interdit ou autorise une réserve et, de l'autre, la question de l'acceptation d'une réserve valide. En principe, une réserve à l'article 6 est valide, et il a fallu décider si une acceptation ultérieure était nécessaire parce que l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'il suffit que la réserve soit autorisée par le traité. Ce n'est qu'en ce qui concerne ce dernier effet que, selon le tribunal arbitral, le contenu de la réserve doit être identifié dans le traité de manière suffisamment précise. En d'autres termes, si le traité déclare que toute réserve peut être faite pour ce qui est de la délimitation du plateau continental, il s'agira d'une réserve déjà autorisée dans tous ses détails, et un État qui formulera une telle réserve ferait uniquement ce qui est expressément et spécifiquement autorisé par le traité; il n'y aurait donc pas besoin d'accepter cette réserve ultérieurement, parce que l'acceptation est déjà prévue dans le traité. Si une réserve plus générale est autorisée, il faudra déterminer si elle est compatible avec l'objet et le but du traité et si elle a été acceptée par les autres États parties concernés. L'alinéa *b* de l'article 19, par contre, prévoit qu'une indication générale suffit pour établir que la réserve est déterminée et donc en principe valide.

9. M. KAMTO dit qu'au paragraphe 2 de son dixième rapport, le Rapporteur spécial explique pourquoi il a décidé de revenir à la notion de « validité » plutôt que de parler

de « licéité », un terme qui est pertinent en matière de responsabilité de l'État mais ne l'est guère dans le domaine des réserves. Selon le Rapporteur spécial, « l'expression "validité des réserves" décrit l'opération intellectuelle consistant à déterminer si une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale et visant à exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou cette organisation est susceptible de produire les effets qui s'attachent en principe à la formulation d'une réserve ». C'est la dernière partie de cette phrase qui pose problème. Si cette définition est acceptée, la question de la validité sera évaluée du point de vue de la capacité de l'acte de produire des effets juridiques. Une telle approche ne tient compte que d'un aspect de la notion de validité, avec les conséquences que cela entraîne pour le titre du projet de directive 3.1 (par. 16). Il est généralement admis que la validité est la qualité des éléments d'un ordre juridique qui remplissent toutes les conditions de forme et de fond requises par cet ordre juridique pour y produire des effets juridiques. Il découle de la définition de la validité que la conformité d'un acte à ces conditions permet de dire que cet acte est valide. Ainsi, si la Commission s'attache uniquement à la capacité de produire des effets juridiques, elle perdra de vue les conditions de forme et de contenu.

10. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* en 1951, la CIJ a déclaré que: « [s]il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral parce que l'État côtier a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des tiers relève du droit international » [p. 132 de l'arrêt]. Pour M. Kamto, cette affirmation, à la lumière de la définition de la validité qu'il vient juste de mentionner, signifie qu'un État peut toujours formuler des réserves, mais sous certaines conditions de forme (capacité de formuler, moment de la formulation) et de contenu (par exemple compatibilité avec l'objet et le but du traité, absence de conflit avec une règle du *ius cogens*) qui lui permettent de produire des effets juridiques. Le projet de directive 3.1 concerne la faculté de formuler des réserves, non la présomption de validité, et le titre « Présomption de validité des réserves » n'en reflète pas la teneur. C'est l'autre titre proposé, « Faculté de formuler des réserves », qui doit être retenu.

11. De plus, si l'on accepte le raisonnement du Rapporteur spécial, la modification du projet de directive 1.6 proposée en note au paragraphe 8 du rapport est incomplète, parce qu'il serait également nécessaire de supprimer les mots « et des effets »: si la validité est la capacité d'une réserve de produire des effets juridiques, il serait tautologique de dire « sans préjudice de la validité et des effets », parce que la validité est précisément la capacité de produire de tels effets.

12. M. Sreenivasa RAO rend hommage au Rapporteur spécial pour l'extraordinaire richesse d'informations et le degré de détail de son dixième rapport. Faire comprendre ce qui est évident exige parfois des dons de communicateur extraordinaires.

13. Le Rapporteur spécial est clairement favorable à ce que les États puissent librement exprimer des limites, des conditions et des préférences individuelles au moyen de

réerves lorsqu'ils deviennent parties à un traité. Il partage lui-même cette préférence, car il importe dans un monde divers que le plus d'États possibles deviennent parties aux traités et, dans la mesure où l'objet et le but fondamentaux de ces derniers sont préservés, les États doivent disposer d'une certaine latitude. C'est l'idée qui est au cœur de la notion et de l'institution des réserves.

14. Plus précisément, il est bon de reproduire l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 et d'indiquer les paramètres dans le cadre desquels les États peuvent y recourir. Du point de vue terminologique, M. Rao souscrit aux propositions du Rapporteur spécial, qui propose à juste titre de revenir au terme « validité », dès lors que sa signification est clairement définie et qu'elle ne préjuge pas les prétentions concurrentes de l'école de la licéité et de l'école de l'opposabilité. « Validité » est assurément un terme neutre.

15. Il y a de bonnes raisons de conclure que des réserves expressément autorisées excluent implicitement les autres catégories de réserves. Il faut toutefois l'indiquer clairement dans les projets de directive. C'est également à juste titre que le Rapporteur spécial souligne que des réserves qui ne sont ni expressément autorisées ni implicitement interdites doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité, et M. Rao attend avec intérêt l'approfondissement de l'analyse à cet égard.

16. En réponse à une observation de M. Kabatsi, il conclut en déclarant qu'au fil des années, la matière a fait l'objet de recherches si approfondies et a donné lieu à de si nombreuses conclusions que la complexité du processus n'est pas nécessairement évidente pour ceux qui n'ont pas connaissance du contexte. C'est pour cette raison que le rapport à l'examen sera extrêmement précieux pour tous ceux qui s'intéressent particulièrement aux aspects techniques de l'élaboration des traités. En filtrant soigneusement les informations disponibles, le Rapporteur spécial a dénoué de nombreux écheveaux qui en d'autres mains se seraient révélés inextricables.

17. Le PRÉSIDENT invite M. Pellet à présenter la section C de son dixième rapport, portant sur les réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité.

18. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il est regrettable que le début de son rapport n'ait suscité d'observations que de trois membres seulement. Il leur est reconnaissant mais préfère leur répondre ultérieurement. Il a pris note en particulier des questions soulevées par M. Gaja, dont certains aspects ne sont pas absolument clairs. Certes, les deux premières sections de son rapport ne sont pas d'une lecture très passionnante, mais il pensait, étant donné la quantité d'informations qu'il contient, qu'il était digne d'un débat plus approfondi. Il est tenté d'interpréter le silence des autres membres comme une approbation unanime, mais il craint que cela ne soit trop beau pour être vrai. Il espère donc que la section C de son rapport suscitera davantage d'intérêt et permettra un échange de vues constructif.

19. La tâche d'un rapporteur spécial est assez exigeante, en particulier sur un sujet aussi aride et techniquement

difficile, mais lorsque la réaction générale est un silence poli, il se sent parfois quelque peu frustré. Il apprécie toujours les critiques constructives: de fait, le principal mérite de la Commission tient à l'approche collective qu'elle adopte et, si un rapporteur spécial ne doit pas se contenter d'aller dans le sens du courant, c'est néanmoins le débat qui doit indiquer la direction à prendre. Le rapporteur spécial peut facilement prendre une mauvaise direction, et les projets de directive qu'il propose peuvent être améliorés tant dans leur forme que dans leur fond. Il lui incombe en sa qualité de rapporteur spécial de fournir aux membres les éléments factuels et juridiques nécessaires pour animer le débat. Toutefois, il n'est pas infaillible, et il peut changer d'avis, parfois radicalement, à la lumière du débat de la Commission, comme cela s'est produit récemment en ce qui concerne la définition des objections.

20. S'agissant de la section D, le Rapporteur spécial indique qu'elle traite de la validité des réserves, une notion qu'il a longuement expliquée lorsqu'il a présenté le début de son rapport [voir 2854<sup>e</sup> séance, *supra*]. Les observations faites par les membres sur les sections A et B du rapport lui donnent à penser que sa définition de la validité des réserves est peut-être trop restrictive, et qu'il n'a pas suffisamment expliqué que la validité tient aux conditions de forme et de fond des réserves. Il indique toutefois qu'il reviendra sur cette question ultérieurement.

21. La validité est essentiellement régie par l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, aux termes desquelles des réserves peuvent être formulées, non faites, à deux conditions. Premièrement, la réserve que l'État entend formuler ne doit pas être expressément interdite (al. *a*), ni implicitement interdite (al. *b*) par le traité; à cet égard, le Rapporteur spécial prend note de l'observation de M. Gaja selon laquelle l'alinéa *a* peut aussi couvrir certains cas d'interdiction implicite. Ces questions sont traitées aux paragraphes 22 à 49 du rapport.

22. Deuxièmement, l'alinéa *c* dispose que dans les cas qui ne relèvent pas des alinéas *a* et *b*, la réserve doit être compatible avec l'objet et le but du traité. La section C du dixième rapport traite de cette condition fondamentale, qui est un élément essentiel du « régime flexible » qui résulte de l'avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* rendu par la CIJ en 1951 et de la Convention de Vienne de 1969. Grâce à cette précision, le « droit » des États de faire des réserves est équilibré par l'exigence de préserver non pas « l'intégrité » du traité – par hypothèse les réserves y portent atteinte – mais ce qui en constitue l'essentiel ou la raison d'être. Il convient de noter que le critère de compatibilité avec l'objet et le but du traité s'applique à la formulation des réserves et non à celle des objections, ce qui est contraire à la position prise par la CIJ dans son avis consultatif de 1951 [p. 24 de l'avis] et aux vues des États, qui se croient souvent obligés de justifier leurs objections à une réserve en déclarant qu'elle est incompatible avec l'objet et le but du traité. L'article 20 des Conventions de Vienne n'exige rien de tel: les États peuvent formuler une objection pour toute raison qui leur semble bonne et, à la réflexion, leur affirmation selon laquelle la réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité souvent n'est guère convaincante.

23. M. Sreenivasa Rao semble penser que le Rapporteur spécial est favorable à ce que les États fassent des réserves. Or il n'a pas d'opinion bien arrêtée sur la question. Les réserves sont un fait de la vie internationale, un mal nécessaire qui permet aux États de devenir parties aux traités, et cette possibilité ne doit pas être exclue. D'autre part, il attache beaucoup d'importance à la notion d'objet et de but du traité, qui est un facteur décisif s'agissant d'empêcher les États de vider les traités de leur substance. L'alinéa *c* de l'article 19 des Conventions de Vienne est donc une disposition essentielle qui empêche les États d'abuser des réserves pour affirmer leur volonté au plan international. Il énonce une règle maintenant considérée comme une norme coutumière dont tous les États et organisations internationales doivent tenir compte, qu'ils soient ou non parties aux Conventions de Vienne. Toutefois, il s'agit d'une norme coutumière mais non d'une norme impérative – si les États le souhaitent ils peuvent de fait autoriser des réserves qui vident les traités de leur substance. De plus, une simple lecture des paragraphes 2 et 3 de l'article 20 montre que les rédacteurs des Conventions de Vienne n'avaient pas cela en tête, et que le principe de la compatibilité avec l'objet et le but du traité ne s'applique pas en pratique aux traités à participation restreinte et aux actes constitutifs d'organisations internationales, qui réintroduisent le principe de l'unanimité. En outre, si le traité interdit expressément certaines réserves, il est inutile de se demander si elles peuvent être compatibles avec l'objet et le but du traité – elles sont interdites, un point c'est tout.

24. Il en va de même lorsqu'une réserve déterminée est autorisée (le Rapporteur spécial indique qu'il n'est pas convaincu par l'argument de M. Gaja à cet égard [par. 7 et 8, *supra*]): dans leur sagesse collective, les parties ont décidé qu'une réserve déterminée pouvait être faite, qu'elle soit ou non compatible avec l'objet et le but du traité, et même si cela constitue une dérogation à l'alinéa *c* de l'article 19, c'est tout à fait acceptable parce que cette disposition n'est pas une norme impérative.

25. Mais il faut se pencher sur deux autres hypothèses, déjà examinées à la section B qui sont également couvertes par les alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne, et dans lesquelles la question de savoir si des réserves a priori autorisées par le traité doivent passer le test de la compatibilité de l'alinéa *c* n'est pas directement résolue par les Conventions de Vienne. La première hypothèse est celle des réserves qui sont implicitement autorisées parce qu'elles ne sont pas expressément interdites, la seconde est celle des réserves qui sont expressément autorisées mais non déterminées au sens que le Rapporteur spécial a essayé de préciser dans le projet de directive 3.1.2. Dans ces deux cas, où ce qui est autorisé est quelque peu vague, il semble qu'un État ou une organisation internationale puisse formuler une réserve uniquement si elle ne vide pas le traité de sa substance, en d'autres termes, si elle n'est pas contraire à son objet et à son but.

26. S'agissant des réserves qui sont implicitement autorisées parce qu'elles ne sont pas interdites en application de l'alinéa *a* de l'article 19 des Conventions de Vienne, Sir Humphrey Waldock a validement fait observer, lorsqu'il était Rapporteur spécial pour le droit des traités

en 1962, que la compatibilité avec l'objet et le but du traité demeure une condition tacite de la recevabilité des réserves<sup>1</sup>. Si, à la connaissance du Rapporteur spécial, il n'existe pas de précédents illustrant cette évidence, il n'y a pas de raison de traiter les réserves implicitement autorisées différemment des réserves expressément autorisées mais non déterminées. S'agissant de ces dernières, l'inférence rationnelle de Sir Humphrey Waldock est renforcée par deux considérations. L'une repose sur les travaux préparatoires de l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne. Le texte actuel de la disposition résulte d'un amendement polonais adopté par la Conférence de Vienne par suite duquel «seules» a été ajouté avant «des réserves déterminées»<sup>2</sup>. Son adoption a entraîné une autre modification, à l'alinéa *c*: au lieu du texte initial qui réservait l'application du test de la compatibilité aux cas dans lesquels le traité ne contenait pas de dispositions sur les réserves, la Conférence de Vienne a adopté le texte actuel qui étend l'application de ce critère à tous les cas non couverts par les alinéas *a* et *b*<sup>3</sup>. Compte tenu de cet amendement, il est clair que l'alinéa *b* ne vise dorénavant que les réserves déterminées, et que dans les autres cas l'alinéa *c* s'applique. C'est pourquoi les réserves autorisées qui ne sont pas déterminées sont soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité. La seconde considération est la décision rendue en 1977 par le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Mer d'Iroise*.

27. Comme le problème se pose dans les mêmes termes dans les deux situations mentionnées, celle des réserves implicitement et celle des réserves expressément autorisées mais non déterminées, il ne serait sans doute pas illogique d'en faire le sujet d'un projet de directive unique, le projet de directive 3.1.3/3.1.4, dont le texte est reproduit au paragraphe 70 du rapport. Ceci étant, comme la première de ces hypothèses renvoie implicitement à l'alinéa *a*, alors que la seconde renvoie à l'alinéa *b*, le Rapporteur spécial préférerait que l'on adopte deux projets de directives distincts (3.1.3 et 3.1.4, respectivement), car cela serait plus clair pour les utilisateurs du Guide de la pratique.

28. Ayant ainsi précisé le champ d'application du critère de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité, le Rapporteur spécial dit qu'il souhaite se pencher sur le problème le plus délicat non seulement de son dixième rapport, mais aussi de l'ensemble du régime juridique des réserves et, peut-être, de tout le droit des traités, à savoir la définition du concept d'objet et de but d'un traité. Il indique qu'il a de cette question centrale au droit des traités une acception large, puisqu'il l'a liée à d'autres questions qui auraient pu en être détachées. Ceci aurait sans doute simplifié les choses, mais une telle distinction aurait été artificielle. Il a donc préféré ratisser large afin d'obtenir une idée aussi large que possible d'un problème

<sup>1</sup> *Annuaire... 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, commentaire de l'article 17, par. 10, p. 74.

<sup>2</sup> *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), document A/CONF.39/11, 70<sup>e</sup> séance, par. 16, p. 452, voir aussi, *ibid.*, *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), document A/CONF.39/11/Add.2, p. 145 et 149.

<sup>3</sup> *Ibid.*, A/CONF.39/11, 70<sup>e</sup> séance, par. 17, p. 452.

qui est au centre du droit des réserves aux traités et du droit des traités lui-même.

29. L'article 19 des Conventions de Vienne n'est pas, loin s'en faut, la seule disposition de ces conventions à recourir à la notion d'objet et de but du traité. Il y en a six autres, citées en note au paragraphe 77 du rapport. Il ne paraît pas possible d'affirmer que l'expression «objet et but du traité» qui figure dans ces six autres dispositions a un sens différent de celui qui est le sien dans le cadre de l'alinéa c de l'article 19. Lorsqu'en 1962 Sir Humphrey Waldock a présenté le projet de texte qui devait devenir l'article 19, il s'est expressément appuyé sur cette expression, que la Commission avait déjà utilisée dans ce qui allait devenir l'article 31 de la Convention de Vienne, pour en justifier l'emploi à l'alinéa c de l'article 19. Ceci montre clairement que l'expression «objet et but d'un traité» a le même sens dans toute la Convention de Vienne. Ceci étant, aucune des sept dispositions employant cette expression énigmatique ne met particulièrement son sens en lumière, et certainement pas l'article 19. Les auteurs sont unanimes pour souligner la subjectivité du terme, déjà relevée dans l'opinion dissidente conjointe du Vice-Président Guerrero et des juges McNair, Read et Hsu Mo accompagnant l'avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*.

30. Certes, il est inévitable que la subjectivité de l'interprète joue un grand rôle dans l'appréciation de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité. C'est pourquoi, à la section D de son dixième rapport, le Rapporteur spécial consacre de longs développements à la question, fort importante, de la compétence pour apprécier la validité d'une réserve et, bien sûr, plus spécialement sa compatibilité avec l'objet et le but du traité. Il est vital de savoir qui peut exprimer une opinion sur la question, parce que l'organe concerné devra procéder à une appréciation subjective de l'objet et du but du traité, puisqu'il n'y a pas de formule magique pour les déterminer.

31. Mais ce renvoi à la subjectivité de la notion n'est pas une raison suffisante pour la vouer aux gémonies. Ce n'est pas la première fois, et ce ne serait pas la dernière, qu'une notion éminemment juridique fasse appel à la subjectivité de l'interprète. Qu'y a-t-il de plus subjectif que la notion de «bonnes mœurs»? Non seulement cette notion est subjective, mais elle évolue avec le temps. À l'évidence, les bonnes mœurs du passé ne sont pas celles du monde moderne. Pourtant les tribunaux nationaux s'en accommodent et arrivent à faire la part entre ce qui est et ce qui n'est pas contraire aux bonnes mœurs. Les notions de «raisonnable» et de «bonne foi», si omniprésentes dans le droit international et dont les conséquences sont très réelles, ou celles de «proportionnalité», de «nécessité» ou d'«abus de droit», ne peuvent non plus être définies de manière objective, mais elles n'en sont pas moins des notions juridiques. Elles imprègnent la politique juridique étrangère des États et l'action des gouvernements. Elles sont constamment présentes à l'esprit des conseillers juridiques des États et des organisations internationales. Elles constituent le fondement d'innombrables arrêts de juridictions internationales et de sentences arbitrales, et sont acceptées comme constituant le droit par les parties auxquelles ces arrêts ou sentences s'adressent. Il en va de même de la pornographie, pour laquelle le critère habituel

est «*I know it when I see it.*» S'il peut y avoir des cas marginaux dans lesquels ce que l'un définira comme pornographique paraîtra érotique à un autre, dans l'ensemble une personne de bonne foi arriverait à la même conclusion ou une conclusion très similaire, en tout cas (et c'est là le facteur important) dans un contexte culturel donné. Comme les normes juridiques sont faites pour être interprétées dans un contexte particulier et n'appartiennent pas à un «ciel des idées» platonicien, l'objet et le but d'un traité ne sont pas différents des bonnes mœurs ou de la pornographie en ce que, dans un contexte international déterminé, des interprètes agissant de bonne foi devraient assez facilement s'entendre subjectivement ou intuitivement sur ce qui constitue l'objet et le but d'un traité.

32. Le Rapporteur spécial dit qu'il donne quelques exemples aux paragraphes 93 et 94. Mais, et cela n'est pas surprenant, il n'a trouvé que peu d'exemples, parce que les États s'abstiennent naturellement de formuler des réserves qui seraient manifestement incompatibles avec l'objet et le but d'un traité. Par exemple, bien qu'un certain nombre de réserves aient été formulées à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, il ne viendrait pas à l'idée d'un État de la ratifier en réservant la possibilité de commettre un génocide, car cela serait manifestement contraire à l'objet et au but de la Convention. Certes, l'insupportable clause coloniale de l'article XII de cette convention pose certains problèmes à cet égard, mais c'est une autre affaire.

33. Même si la subjectivité de la notion d'objet et de but d'un traité n'est pas dramatique en soi et si, dans de très nombreux cas, la simple interprétation de bonne foi suffit à éviter que le problème se pose, il n'en est pas moins utile d'essayer de guider la subjectivité de l'interprète en essayant de définir la notion et les moyens de la mettre en œuvre. Le Rapporteur spécial indique que c'est ce qu'il s'est efforcé de faire aux paragraphes 79 à 85, en se fondant sur la jurisprudence et sur la doctrine. Mais le résultat auquel il est parvenu ne satisfera sans doute pas les esprits épris de certitude. Malgré les suggestions d'une partie de la doctrine – l'école française – il serait vain d'essayer de distinguer l'«objet» du «but», pour les raisons expliquées aux paragraphes 82 et 83. Il s'agit d'une seule notion, et non de l'addition de deux notions. La tâche du Rapporteur spécial aurait peut-être été plus simple s'il avait pu séparer ces deux éléments, car cela aurait ouvert la possibilité d'une analyse objective. Il n'a toutefois pas été en mesure de le faire et ne voit pas pourquoi la doctrine française tient à séparer les notions d'objet et de but d'un traité. Le résultat assez décevant auquel il est parvenu après avoir longuement réfléchi figure dans le projet de directive 3.1.5, au paragraphe 89, et se lit comme suit: «Aux fins de l'appréciation de la validité des réserves, on entend par objet et but du traité les dispositions essentielles du traité, qui en constituent la raison d'être.»

34. Le Rapporteur spécial reconnaît qu'il s'agit d'une directive très générale, mais, au vu de la pratique internationale, des précédents et de la doctrine, il ne pense pas honnêtement que l'on puisse aller beaucoup plus loin. Il est néanmoins ouvert aux suggestions des membres s'agissant de compléter ce texte, car il est profondément convaincu que le droit ne consiste pas à donner

des solutions magiques ni à enfermer l'interprète dans des formules rigides. Le processus nécessite décidément davantage d'esprit de finesse que d'esprit de géométrie. Le projet de directive 3.1.5 est sans doute déjà mieux que rien, car si la Commission suit le Rapporteur spécial, les utilisateurs sauront qu'une réserve ne peut vider le traité de sa substance. Ainsi, la directive renforcerait quelque peu le sens de l'expression « objet et but du traité ».

35. En outre, les inconvénients que présentent la généralité et le vague du projet de directive 3.1.5 (par. 89 du rapport) sont limités de deux manières. En premier lieu, le vague de la définition est compensé par la méthode de détermination de l'objet et du but du traité qu'il propose dans le projet de directive 3.1.6 (par. 91) qui s'inspire, sans la copier, de la méthode d'interprétation des traités prévue aux articles 31 et 32 des Conventions de Vienne, car les précédents analysés dans le rapport concernent effectivement la question de l'interprétation et donc la question de la détermination de l'objet et du but d'un traité.

36. La seule question vraiment épineuse à cet égard est celle de savoir si l'on doit se placer au moment de la conclusion du traité ou à celui où la recherche de son objet et de son but est effectuée. Il s'agit là d'un problème d'interprétation que l'on désigne souvent comme le choix entre le renvoi fixe ou le renvoi mobile et qui est évoqué, peut-être trop brièvement, aux paragraphes 83 et 86. Comme Sir Gerald Fitzmaurice, le Rapporteur spécial tend à penser que le droit évolue, qu'il n'existe pas d'objet et de but « en soi » et que, dès lors, il convient de prendre en compte « la pratique ultérieurement suivie par les parties » pour déterminer l'objet et le but du traité. Comme il peut y avoir du pour et du contre, l'expression « et la pratique ultérieurement suivie par les parties » a été laissée entre crochets dans le projet de directive 3.1.6 et le Rapporteur spécial serait reconnaissant aux autres membres de la Commission de dire ce qu'ils en pensent.

37. La seconde raison qui atténue les inconvénients de la définition très générale de la notion d'objet et de but du traité tient aux nombreux projets de directive qui sont proposés pour adoption aux paragraphes 93 à 146 du rapport, traitant de « La mise en œuvre du critère ». À la réflexion, ce titre est peut-être ambigu et inexact parce qu'en proposant les projets de directive, le Rapporteur spécial s'est efforcé d'analyser les problèmes que posent des types particuliers de réserves. Une étude détaillée de l'objet et du but du traité permettrait de scinder la matière en un certain nombre de questions subsidiaires, ce qui faciliterait la recherche d'une réponse au problème principal.

38. En réalité, il ne s'agit pas tant de décrire les méthodes de mise en œuvre du critère de l'objet et du but du traité que de tenter de donner aux États, aux juridictions et aux interprètes en général des directives quant à la conduite à tenir dans les principales circonstances dans lesquelles le problème de la validité des réserves se pose. À cet égard, le Rapporteur spécial indique qu'il souhaite faire précéder sa présentation des paragraphes 83 et suivants de quatre remarques générales préliminaires. Premièrement, il n'a certainement pas pensé à tous les cas possibles; bien que le Guide de la pratique doive être assez détaillé dans l'ensemble, ce n'est pas la vocation d'un texte de codification de couvrir absolument tous les cas possibles. Le

Rapporteur spécial a essayé de ne rien oublier d'essentiel, mais il complètera les projets de directives 3.1.7 (par. 115) à 3.1.13 (par. 99) si d'autres membres de la Commission pensent à d'autres situations qui se présentent avec une fréquence relativement grande. Plus le Guide de la pratique couvrira d'hypothèses raisonnables, et plus les « clients » de la Commission, en d'autres termes les États et les organisations internationales ainsi que leurs services juridiques et les tribunaux internationaux, apprécieront l'aide qu'il vise à leur apporter.

39. Deuxièmement, il y aura toujours des hypothèses non couvertes et, dans ces cas, il faudra se référer seulement aux projets de directives 3.1.5 (par. 89) et 3.1.6 (par. 91), quitte à procéder par analogie avec les situations envisagées par les directives suivantes.

40. Troisièmement, les six ou sept hypothèses envisagées aux paragraphes 96 à 146 sont assez hétérogènes. Les deux premières concernent les réserves à des catégories particulières de traités ou de clauses: les réserves aux clauses de règlement des différends et aux clauses sur le contrôle de l'application du traité, et les réserves aux traités généraux de droits de l'homme. Les deux catégories suivantes concernent les réserves qui posent problème du fait de leur contenu, à savoir celles qui sont relatives à l'application du droit interne d'une part et les réserves vagues ou générales de l'autre. Les deux dernières rubriques concernent les réserves à des dispositions conventionnelles « androgynes », en ce qu'il s'agit de dispositions figurant dans un traité mais qui énoncent des règles coutumières ou des normes du *jus cogens*.

41. Le Rapporteur spécial reconnaît que sa méthode n'a pas été très cartésienne, mais il n'avait pas pour objectif de faire œuvre doctrinale mais œuvre utile. Il s'est demandé quelles difficultés les États rencontraient concrètement pour évaluer la validité des réserves, aussi bien celles qu'ils veulent formuler eux-mêmes que celles qui sont formulées par leurs pairs. Il a ensuite tenté de dégager des solutions concrètes, de préférence en se fondant sur la pratique ou, à défaut, sur la doctrine ou, à défaut encore, en procédant de la manière la plus logique possible.

42. Bien entendu, il peut se produire qu'une réserve particulière corresponde à plusieurs des hypothèses envisagées. Par exemple, une réserve à un traité général de droits de l'homme comme les pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits civils et politiques ou à des conventions régionales de droits de l'homme peut porter sur une règle de nature coutumière ou impérative et viser à préserver l'application du droit interne. À l'évidence, dans ces hypothèses, il faut combiner les règles qui ont été dégagées.

43. Le Rapporteur spécial souligne que l'ordre qu'il a suivi dans son rapport n'est pas celui qu'il propose de suivre pour numéroter les projets de directive. Dans le rapport, il a procédé du particulier au général, alors qu'il suggère une progression inverse pour les projets de directive. Dans la suite de sa présentation, il entend suivre l'ordre du rapport. La numérotation des projets de directive n'est pas totalement arbitraire ni aléatoire, mais est assez logique.

44. S'agissant des différentes catégories de réserves et des problèmes particuliers qu'elles posent, le Rapporteur spécial rappelle que les réserves à des clauses de règlement des différends ou des clauses concernant le contrôle de l'application du traité formulées par ce que l'on appelle les «pays de l'Est» ont suscité le grand débat qui a conduit à l'adoption du système souple. L'Assemblée générale a saisi la CIJ des réserves formulées par ces pays à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui prévoyait que les différends relatifs à l'interprétation ou l'application de la Convention étaient portés devant la CIJ. En réponse à l'Assemblée générale, la Cour a rendu son avis consultatif justement célèbre du 28 mai 1951, même si elle s'est prononcée dans l'abstrait et pas sur la question concrète qui avait suscité la demande d'avis.

45. Dans le contexte de la guerre froide, des auteurs occidentaux, notamment Sir Gerald Fitzmaurice, qui était alors Rapporteur spécial de la CDI pour le droit des traités, ont affirmé que de telles réserves étaient contraires à l'objet et au but de la Convention. Cette position a été écartée par la Cour dans ses ordonnances de 1999 dans deux affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, à savoir celles qui opposaient la Yougoslavie à l'Espagne et la Yougoslavie aux États-Unis d'Amérique. Plus récemment, dans l'ordonnance qu'elle a rendue en 2002 dans l'affaire concernant des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour a clairement déclaré que «ladite réserve ne porte pas sur le fond du droit mais sur la compétence de la Cour» et «n'apparaît dès lors pas contraire à l'objet et au but de la convention» [p. 246 de l'arrêt].

46. Les organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme ont apparemment adopté une position différente. Tel est le cas du Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 (1994)<sup>4</sup> et dans sa décision sur la Communication n° 845/1999, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago* et de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*. L'un comme l'autre considèrent que les règles de contrôle constituent des garanties pour la protection des droits énoncés dans le traité en cause et sont donc essentiels au respect de son objet et de son but.

47. Il peut sembler difficile de concilier ces deux positions, mais ceci n'est pas impossible, et le Rapporteur spécial indique qu'il a essayé de le faire au paragraphe 99 de son rapport, qui contient le projet de directive 3.1.13 dans lequel est énoncé le principe selon lequel, conformément à la jurisprudence de la CIJ, «Une réserve à une disposition conventionnelle relative au règlement des différends ou au contrôle de la mise en œuvre du traité n'est pas, en elle-même, incompatible avec l'objet et le but du traité.» Il a néanmoins indiqué que la situation serait différente si la disposition sur laquelle porte la réserve constitue la raison d'être du traité ou si la réserve avait pour effet de soustraire son auteur à un mécanisme de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité au sujet d'une disposition conventionnelle qu'il a antérieurement

acceptée si l'objet même du traité est la mise en œuvre d'un tel mécanisme.

48. Indépendamment des réserves concernant les mécanismes de contrôle, les réserves aux traités généraux de droits de l'homme posent d'autres problèmes qui suscitent les controverses les plus vives. La Commission a longuement examiné le sujet lorsque, en 1997, elle a examiné le deuxième rapport sur les réserves<sup>5</sup> et adopté ses conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux généraux, notamment relatifs aux droits de l'homme<sup>6</sup>. Comme on espère qu'en 2006 il sera possible d'organiser un séminaire avec des organes de droits de l'homme afin d'examiner le problème (voir 2854<sup>e</sup> séance, *supra*, par. 89), le Rapporteur spécial indique qu'il est brièvement revenu sur la question dans son dixième rapport et s'est simplement demandé s'il fallait considérer qu'une réserve à l'un des droits garantis par les traités généraux relatifs aux droits de l'homme, en d'autres termes essentiellement les deux Pactes de 1966 et les trois principales conventions générales, était par principe ou par nature incompatible avec l'objet et le but de ces traités. À lire certains passages de l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, on pourrait le penser. Mais une lecture de l'ensemble du texte conduit à nuancer ces conclusions, car deux choses sont claires dans la pratique: premièrement, les États formulent de nombreuses réserves à des dispositions garantissant tel ou tel droit énoncé dans les traités généraux et, deuxièmement, les autres États n'y objectent pas systématiquement.

49. Comme la pratique est incertaine et nuancée, il serait prudent de ménager les sensibilités «droits-de-l'hommes», dans les limites de la raison, en adoptant un projet de directive assez souple. Celui que le Rapporteur spécial propose en tant que projet de directive 3.1.12 au paragraphe 102 du rapport, qui indique simplement que pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité général de protection des droits de l'homme, il convient de tenir compte du caractère indissociable des droits qui y sont énoncés et de l'importance que revêt le droit faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité ou de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve. Pour le Rapporteur spécial, ceci signifie qu'une réserve relative à un droit fondamental est incompatible avec l'objet et le but d'un traité général relatif aux droits de l'homme, mais que tous les droits garantis dans de tels traités ne sont pas nécessairement des droits fondamentaux, et que même dans le cas de droits fondamentaux, on ne peut pas raisonnablement exclure la possibilité de réserves ciblées portant sur des aspects particuliers et marginaux de la mise en œuvre de ces droits.

50. Une autre question qui se pose souvent dans le domaine des droits de l'homme, mais pas seulement dans ce domaine, est celle de savoir si un État peut formuler une réserve pour préserver l'application de son droit interne. À la lecture des objections reproduites au paragraphe 103 du rapport, on pourrait penser qu'une réponse affirmative s'impose. Les États objectants invoquent parfois un prétendu principe général interdisant aux États

<sup>4</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), volume I, annexe V, p. 138.

<sup>5</sup> *Annuaire... 1996*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), documents A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478.

<sup>6</sup> *Annuaire... 1997*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), chap. V, sect. B et C, p. 44 à 58.



d'invoquer leur droit interne pour refuser d'appliquer un traité. Certes, l'article 27 des Conventions de Vienne dispose qu'un État ou une organisation internationale ne peut s'abriter derrière son droit interne pour refuser d'exécuter le traité. Mais, et c'est un grand mais, ceci suppose que la disposition que l'État ou l'organisation refuse d'appliquer est d'ores et déjà entrée en vigueur à son égard. Or le problème se pose en amont: un État peut-il éviter que la disposition en question entre en vigueur à son égard en y faisant une réserve et, à cette fin, peut-il se référer à son droit interne? La question n'est pas de savoir si un État peut rejeter une obligation qui lui incombe mais s'il peut refuser d'assumer cette obligation. C'est une situation qui est donc totalement différente de celle visée par l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 et, en ce sens, les États dont le Rapporteur spécial cite les objections au paragraphe 103 font une grave erreur dans leur raisonnement.

51. Si l'on pose convenablement le problème, la réponse devra être beaucoup plus nuancée qu'on l'affirme parfois. Premièrement, il existe une présomption générale de validité des réserves. Deuxièmement, les États ne sont pas tenus de motiver leurs réserves, bien que ce serait utile qu'ils le fassent, et peut-être le Guide de la pratique devrait-il comprendre une recommandation à cet effet, même s'il ne s'agit pas d'une obligation juridique. Il serait absurde de considérer qu'une réserve non accompagnée d'explications est valide mais que la même réserve est invalide si elle est motivée par les difficultés que son droit interne pose à son auteur. Troisièmement, en pratique, ce sont le plus souvent des considérations fondées sur le droit interne qui conduisent les États à formuler des réserves. Les seules réserves autorisées par un traité aussi emblématique que la Convention européenne des droits de l'homme sont précisément celles qui sont justifiées par les exigences du droit interne de l'État qui la ratifie, au moment où il la ratifie.

52. Il semble donc au Rapporteur spécial qu'il est impossible d'affirmer catégoriquement que par principe un État ne peut formuler une réserve pour préserver l'intégrité de son droit interne. Simplement, il ne peut, ce faisant, porter atteinte à l'objet et au but du traité. Droit interne ou non, il doit respecter les préceptes généraux qui figurent dans les projets de directive 3.1.5 et 3.1.6. Ceci peut paraître aller de soi, mais cela va encore mieux en le disant, et c'est précisément ce que le Rapporteur spécial fait dans le projet de directive 3.1.11, qui figure au paragraphe 106 du rapport.

53. La question des réserves fondées sur le désir de leur auteur de préserver son droit interne est souvent obscurcie parce qu'on la confond avec la question des réserves vagues et générales, alors qu'elle est totalement différente. Ce qui est exclu, ce n'est pas d'invoquer son droit interne pour formuler une réserve mais de s'abriter derrière son droit interne en général, sans autre précision, pour le faire prévaloir sur les dispositions du traité. L'invalidité d'une telle réserve découle non de l'invocation du droit interne mais du fait qu'il est impossible pour les autres États d'apprécier la véritable portée de la réserve et, en particulier, sa compatibilité avec l'objet et le but du traité. Du reste, cette cause d'invalidité ne tient pas forcément au fait que l'État réservataire invoque son droit interne, mais

peut découler du fait que la réserve est formulée en termes vagues et généraux ou invoque des politiques nationales de l'État en question. Lorsqu'il est impossible d'apprécier la portée effective d'une réserve, celle-ci est invalide.

54. En ne permettant pas aux autres parties d'apprécier la portée de sa réserve, l'État réservataire paralyse totalement le mécanisme réservataire et prive les autres parties contractantes de la possibilité de réagir conformément à l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial souligne qu'ainsi qu'il l'indique au paragraphe 109 de son rapport, ce n'est pas le renvoi au droit interne en lui-même qui pose problème, mais bien le caractère fréquemment vague et général des réserves, qui ne permet pas aux États d'adopter une position en ce qui les concerne. Comme le Comité des droits de l'homme l'a indiqué dans son observation générale n° 24, les réserves doivent être précises et transparentes, afin que le Comité, ceux qui relèvent de la juridiction de l'État réservataire et les autres parties sachent clairement quelles obligations en matière de respect des droits de l'homme ont ou n'ont pas été assumées. Les réserves ne peuvent donc ainsi être générales, mais doivent viser une disposition particulière de la convention en question et indiquer avec précision leur portée. Comme l'a déclaré la Commission européenne des droits de l'homme, une réserve est de nature générale lorsqu'elle est libellée de telle manière qu'il n'est pas possible d'en déterminer la portée. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position comparable dans la fameuse affaire *Belilos*.

55. Il semble donc légitime de proposer un projet de directive 3.1.7 ainsi libellé: «Une réserve rédigée en termes vagues et généraux ne permettant pas d'en apprécier la portée est incompatible avec l'objet et le but du traité» (par. 115 du rapport).

56. Le Rapporteur spécial indique qu'il donne aux paragraphes 110 et 111 plusieurs exemples qui paraissent relever de ce texte et qui ont d'ailleurs fait l'objet d'objections. Certaines réserves consistent pour les États à invoquer leur constitution ou leur droit interne sans expliquer l'effet de ceux-ci sur le traité; certaines sont fondées sur la charia et ne visent pas de dispositions précises du traité, pas plus qu'elles n'indiquent pourquoi la charia interdit l'application du traité en question. On peut citer aussi la réserve du Saint-Siège à la Convention relative aux droits de l'enfant, qu'il a ratifiée sous réserve que l'application de la Convention soit compatible avec la nature particulière de la Cité du Vatican et des sources de son droit objectif, ou encore la réserve des États-Unis d'Amérique à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, par laquelle ce pays s'est réservé le droit général de faire prévaloir sa Constitution sur la Convention. Dans de tels cas, les États ou autres entités se limitent à dire qu'ils ne peuvent appliquer la Convention parce que celle-ci est contraire à leur constitution ou, dans le cas du Saint-Siège, aux «sources de son droit objectif», et il est absolument impossible de savoir quelle disposition précise de la Convention fait l'objet de la réserve et quelle est la portée de cette réserve. Les autres États ne sont donc pas en mesure de réagir. De telles réserves, et le Guide de la pratique doit l'indiquer clairement, sont inacceptables – non pour des raisons idéologiques, mais en raison du mécanisme réservataire.

57. Les questions envisagées aux paragraphes 116 et suivants sont d'un type différent. Ici, ce ne sont pas les réserves en tant que telles qui sont en cause, mais les dispositions sur lesquelles elles portent, soit parce que celles-ci énoncent des règles de nature coutumière, soit parce qu'elles portent sur des normes du *jus cogens* ou sur des droits définis par le traité lui-même comme indérogeable. A priori, on pourrait penser que ces trois catégories de problèmes sont similaires, et le Rapporteur spécial indique qu'en rédigeant son rapport, c'était le postulat dont il était parti. Mais, après réflexion, il estime que chacun de ces cas doit être analysé et traité séparément.

58. Premièrement, une analyse des réserves à des dispositions énonçant des règles coutumières doit commencer par l'arrêt rendu en 1969 par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. C'est l'arrêt lui-même qui doit être pris en considération, car les analyses doctrinales qui en ont été faites se sont fréquemment trompées sur ce que la Cour voulait dire. Cette question est brièvement analysée aux paragraphes 117 à 119 du rapport. Pour l'essentiel, la Cour a dit trois choses importantes dans son arrêt. Premièrement, elle estime que l'article 12, relatif aux réserves, de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental indique qu'en interdisant les réserves à certaines dispositions et non à d'autres, les négociateurs ont selon toute vraisemblance considéré que les dispositions auxquelles les réserves n'étaient pas interdites n'avaient pas de force coutumière. Deuxièmement, la Cour a estimé qu'il était possible de formuler une réserve à une disposition énonçant une règle coutumière [par. 64 et 65 de l'arrêt]. Bien qu'on ne puisse le déduire qu'*a contrario* de certaines formules de l'arrêt, il ne semble y avoir absolument aucun doute sur ce point. C'est peut-être précisément parce qu'il fallait faire cette déduction *a contrario* que les commentateurs ont souvent commis des erreurs d'interprétation.

59. Troisièmement, la Cour a rappelé que même si une telle réserve était faite, la règle coutumière continuait de s'appliquer à l'État réservataire, non pas à titre conventionnel mais en tant que coutume. Comme la Cour l'a déclaré, « [i] est en général caractéristique d'une règle ou d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise dans certaines limites; mais il ne saurait en être ainsi dans le cas de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage » [par. 63 de l'arrêt].

60. Si tel est le cas, malgré certaines opinions doctrinales de sens contraire et bien que la pratique en la matière soit parfois légèrement ambiguë, on peut se demander à quoi peut servir à un État ou à une organisation internationale de formuler une réserve à une telle règle conventionnelle puisque, de toute façon, elle continue à lui être opposable sous sa forme coutumière. La réponse est que ce faisant l'État réalise un objectif qui n'est pas très glorieux – les États n'ayant pas besoin d'être glorieux mais simplement de respecter le droit international – à savoir éviter les conséquences de la « conventionnalisation » de

la norme. Lorsqu'un traité contient une disposition sur le règlement obligatoire des différends, par exemple, en faisant une réserve à une de ses dispositions de fond, l'auteur de la réserve interdit au juge désigné par le traité de connaître des litiges concernant la violation éventuelle de la norme en question. De plus, une telle réserve permet à un « objecteur persistant » de manifester la persistance de son objection. Ceci est certainement vrai pour les traités qui reprennent des règles coutumières sans constituer pour autant des traités de codification.

61. Mais qu'en est-il des traités dont l'objet même est d'uniformiser l'application du droit coutumier? Comme indiqué aux paragraphes 124 et 125 du rapport, il ne semble pas opportun d'interdire *ipso facto* toutes les réserves à toute disposition quelle qu'elle soit d'une convention de codification, ne serait-ce que parce que toutes les règles qui y figurent ne reflètent pas nécessairement une règle qui était de nature coutumière au moment de son adoption. De fait, les « conventions de codification » énoncent des règles coutumières et procèdent simultanément à un développement progressif du droit international. À quel niveau de codification et de développement progressif ne serait-il plus possible de formuler des réserves? Il est impossible de répondre à cette question.

62. Quoi qu'il en soit, la pratique est claire et indiscutable: les États formulent fréquemment des réserves à des conventions de codification, et de fait la plupart des réserves concernent de telles conventions, et les autres parties n'y objectent pas systématiquement. Lorsqu'elles le font, ce n'est qu'occasionnellement au motif qu'il est impossible de formuler des réserves à de telles conventions. Ceci étant, et conformément à l'arrêt de 1969 de la CIJ, qu'elle a repris dans son dictum célèbre de 1984 dans l'affaire concernant les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre ce pays (compétence de la Cour et recevabilité de la requête)*, « [l]e fait que les principes [du droit international général et coutumier], 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 aux dites conventions » [par. 73 de l'arrêt].

63. Ce sont ces deux principes fondamentaux que le Rapporteur spécial a voulu énoncer dans le projet de directive 3.1.8 (par. 129 du rapport). Premièrement, la nature coutumière d'une règle énoncée par une disposition conventionnelle ne constitue pas en elle-même un obstacle à la formulation d'une réserve à cette disposition; mais, deuxièmement, une réserve à une disposition conventionnelle énonçant une règle coutumière ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de la règle coutumière en question dans les relations de l'État ou de l'organisation internationale auteur de la réserve avec les autres États ou organisations internationales liés par cette règle. Le Rapporteur spécial est convaincu que ces principes s'appliquent dans tous les domaines, quel que soit l'objet du traité en question. Ils s'appliquent en particulier en matière de droits de l'homme, même si le Comité des droits de l'homme a semblé le contester dans sa célèbre mais parfois discutabile observation générale n° 24. Le Comité a eu assurément raison de considérer que la formulation d'une réserve au Pacte international relatif aux

droits civils et politiques ne libérait pas l'État réservataire de l'obligation de ne pas se livrer à l'esclavage et de ne pas soumettre des êtres humains à des traitements cruels, inhumains et dégradants. Pourtant, l'État est de toute façon assujéti à ces obligations en application des règles du droit coutumier. De plus, et cela est peut-être plus important, pratiquement toutes, et probablement toutes, les obligations citées par le Comité pour illustrer sa thèse sont de nature non seulement coutumière mais également impérative<sup>7</sup>.

64. La situation est différente en ce qui concerne les réserves à des dispositions énonçant des normes du *jus cogens*, par opposition aux dispositions énonçant simplement des règles coutumières. Si une réserve à cette dernière catégorie de dispositions conventionnelles peut être envisagée, même si ses effets sont limités, il n'en va pas de même d'une réserve à une disposition énonçant une norme impérative. La différence n'est pas évidente et même si on peut la percevoir intuitivement, elle est difficile à expliquer. Le Rapporteur spécial souligne qu'il a tout d'abord écarté les explications données par un certain nombre d'auteurs, souvent très éminents, qui, à la réflexion, se sont révélées peu convaincantes. Le Comité des droits de l'homme et d'autres postulent qu'on ne peut faire une réserve à une disposition énonçant une norme impérative, sans justifier cette position catégorique autrement que par l'affirmation très vague que des réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du traité. Il semble néanmoins au Rapporteur spécial qu'une autre explication est nécessaire.

65. On peut soutenir que, comme dans le cas des réserves à une disposition énonçant une norme coutumière, les réserves à une norme impérative laissent subsister l'obligation de respecter la norme elle-même, avec toutes les conséquences qui en découlent indépendamment du traité. La différence tient au fait que les règles coutumières sont socialement utiles, alors que les règles impératives sont socialement indispensables. Ainsi, les réserves à des normes impératives seront interdites uniquement si l'on admet que le *jus cogens* produit ses effets en dehors du droit des traités et du cadre strict des articles 53 et 64 des Conventions de Vienne. Le Rapporteur spécial le croit profondément, mais n'a pas vu la nécessité de le démontrer dans son rapport, car il aurait fallu pour cela considérer toute la théorie du *jus cogens*. À cet égard, le Rapporteur spécial peut néanmoins citer une autorité, à savoir le Président de la Commission lui-même qui, à une séance précédente, parlant des actes unilatéraux des États, a déclaré que les États doivent respecter les normes impératives du droit international général [2854<sup>e</sup> séance, *supra*, par. 38]. S'il en est ainsi, et le Rapporteur spécial ne doute absolument pas qu'il en soit ainsi, les réserves doivent aussi respecter ces règles. Elles constituent un exemple particulièrement commun d'actes unilatéraux. En conséquence, toute réserve qui vise à éviter l'application d'une norme impérative est contraire à cette règle et doit être considérée comme nulle et non avenue.

66. La non-validité des réserves à des dispositions conventionnelles énonçant des normes impératives doit être perçue comme découlant non du fait qu'elles sont contraires à l'objet et au but du traité mais, *mutatis mutandis*, du principe énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, à savoir qu'un acte unilatéral est nul si, au moment de sa formulation, il est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Sur la base de cette observation, le Rapporteur spécial pense que le projet de directive 3.1.9 sur les réserves à des dispositions énonçant des règles de *jus cogens* pourrait être très simplement libellé comme suit: «Un État ou une organisation internationale ne peut formuler une réserve à une disposition d'un traité énonçant une norme impérative du droit international général» [par. 146 du rapport].

67. S'agissant de la septième et dernière catégorie de problèmes, celle des réserves à des dispositions conventionnelles indérogeables, le problème se pose généralement en matière de traités relatifs aux droits de l'homme qui souvent, sinon toujours, contiennent des dispositions dont les parties s'engagent à ne pas suspendre l'application, quelles que soient les circonstances. Là encore, on pourrait penser que le problème se pose dans les mêmes termes que s'agissant des réserves aux dispositions énonçant une règle impérative, et tel a été effectivement l'impression initiale du Rapporteur spécial. Ceci est vrai en termes statistiques, puisque très souvent des normes sont indérogeables parce qu'elles énoncent des principes de *jus cogens*. Toutefois, la corrélation n'est pas toujours automatique, comme l'a souligné le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 et son observation générale n° 29 (2001)<sup>8</sup>. Le Comité a estimé qu'à la différence des réserves aux dispositions énonçant une règle impérative, les réserves à des dispositions indérogeables mais ne relevant pas du *jus cogens* étaient possibles à la condition habituelle, c'est-à-dire celle de ne pas être incompatibles avec l'objet et le but du traité. Telle est également la position qu'a prise la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif de 1983 sur les *Restrictions à la peine de mort*.

68. Force est donc de reconnaître que lorsqu'une règle indérogeable n'est pas impérative, elle peut faire l'objet d'une réserve, dès lors que cette réserve a uniquement trait à certains aspects limités de la mise en œuvre du droit en question. Par ailleurs, si une réserve à une telle disposition vise à la vider de sa substance, elle devra être considérée comme incompatible avec l'objet et le but du traité, en application des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6. Ce sont ces principes complexes et nuancés que le Rapporteur spécial s'est efforcé d'énoncer dans le projet de directive 3.1.10 (par. 146).

69. Le Rapporteur spécial indique en conclusion que son intention initiale était de donner un bref aperçu du troisième chapitre de son rapport, qui porte sur deux questions intéressantes toute l'entreprise: premièrement, qui peut apprécier la validité des réserves et, en particulier, leur compatibilité ou leur incompatibilité avec l'objet et le but d'un traité et, deuxièmement, quelles sont les conséquences d'une éventuelle non-validité? Comme ce

<sup>7</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), volume I, annexe V, p. 138.

<sup>8</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 40 (A/56/40), volume I, annexe V, p. 207.

chapitre n'est actuellement disponible qu'en français, le Rapporteur spécial déclare qu'il s'abstiendra au stade actuel de le présenter; il se réserve toutefois le droit de changer d'avis si, durant le débat, il semble nécessaire de donner quelques éclaircissements afin de faire mieux apparaître la logique qui l'a guidé dans son étude des caractéristiques fondamentales de la validité des réserves aux traités.

*La séance est levée à 13 heures.*

## 2857<sup>e</sup> SÉANCE

*Mardi 26 juillet 2005, à 10 h 5*

*Président:* M. Djamchid MOMTAZ

*Présents:* M. Addo, M. Candiotti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M<sup>me</sup> Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M<sup>me</sup> Xue, M. Yamada.

### **Les réserves aux traités (suite) [A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, et A/CN.4/L.665]**

[Point 6 de l'ordre du jour]

#### DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du dixième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/558 et Add.1 et 2) présenté par le Rapporteur spécial.

2. M. KOLODKIN félicite le Rapporteur spécial, dont le dixième rapport, très élaboré, lui procure une grande satisfaction intellectuelle, même s'il n'est pas toujours d'accord avec l'auteur. Ce rapport appelle des observations, en premier lieu sur les termes et concepts de licéité (*permissibility/admissibility*) et de validité des réserves. En effet, l'étude du document exige un effort terminologique stimulant, y compris des comparaisons entre les différentes versions linguistiques. Ces comparaisons révèlent que les termes employés ont des nuances différentes dans les différentes langues. Par exemple, le Rapporteur spécial écrit au paragraphe 5 de son rapport que le terme « validité » est assez neutre, par rapport au terme « *permissibility* » (licéité). Cependant, à tout le moins en russe, le terme « validité » n'est pas si neutre. Il renvoie précisément à des conséquences juridiques. Être juridiquement valide signifie entraîner des conséquences juridiques, être en vigueur, et vice-versa.

3. M. Kolodkin dit qu'il partage l'avis des membres de la Commission et des États qui, à la Sixième Commission

de l'Assemblée générale, se sont opposés à l'utilisation du mot « *inadmissible* » (illicite). En effet, ce terme suscite d'emblée l'idée de responsabilité; or, introduire la notion de responsabilité dans le contexte de la formulation des réserves est voué à l'échec. Le terme actuellement employé dans le texte anglais des projets de directive, à savoir « *permissible* » (licites) pour qualifier les réserves semble parfaitement approprié. À la Sixième Commission la majorité des représentants a déclaré préférer les termes « *permissible/impermissible* » (A/CN.4/549, par. 103). Dans le projet de directive 1.6, ce terme renvoie au stade de la formulation des réserves<sup>1</sup> et, dans le projet de directive 2.1.8, aux prérogatives du dépositaire<sup>2</sup>. À ce propos, il convient de souligner que le dépositaire n'a pas, en règle générale, le droit d'exprimer son opinion, non seulement quant à la validité ou la non-validité des réserves, mais également au sujet de leur *permissibility/impermissibility* (licéité/illicéité). Il doit rester neutre<sup>3</sup>.

4. Il convient également de souligner à ce propos que la proposition formulée au paragraphe 8 du rapport à l'examen tendant à remplacer, dans les projets de directives 1.6 et 2.1.8, les mots « licite » (*admissible*) et « illicite » (*inadmissible*) par « valide » et « non valide » ne concerne pas les textes russe et anglais car on n'y trouve pas « *admissible* » et « *inadmissible* » mais « *permissible* » et « *impermissible* ». Dans l'ensemble, il semble que qualifier un acte ou un document de valide ou de non valide intervient habituellement a posteriori. Il s'agit d'un jugement qui est formulé sur la base des critères applicables une fois que l'acte a été accompli ou le document adopté. Et ce jugement de valeur porte sur l'existence ou l'absence de conséquences juridiques dudit acte ou document et non pas sur son processus d'accomplissement ou de formulation. À ce propos, le paragraphe 103 du Résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission (A/CN.4/549) expose plusieurs arguments avancés contre l'utilisation du terme « validité » pour qualifier les réserves. Si l'on devait en fin de compte retenir les terme et concept de « validité » et de « non-validité » s'agissant des réserves, il semblerait de beaucoup préférable de ne le faire que pour apprécier les conséquences juridiques des réserves formulées plutôt que de porter un jugement sur ceux qui sont investis de ce droit, en particulier les États ou les tribunaux. Il semble que c'est précisément dans cette intention qu'ont été élaborées les dispositions relatives à la validité des accords internationaux figurant dans la Convention de Vienne de 1969.

5. À ce propos, et en second lieu, la conception de présomption de validité des réserves exposée dans le rapport n'est guère convaincante. Le Rapporteur spécial s'appuie sur l'article 19 des Conventions de Vienne mais il semble que cet article commun aux deux Conventions de 1969 et de 1986 ne fasse que renforcer le droit des États et des organisations internationales de formuler des réserves, tout en le limitant. M. Kolodkin pense comme lui qu'il s'agit plus précisément d'un « droit de formuler des réserves » que d'un « droit aux réserves » – question

<sup>1</sup> Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 4 du commentaire, p. 134.

<sup>2</sup> Voir *Annuaire... 2002*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), par. 3 à 6 du commentaire, p. 47 et 48.

<sup>3</sup> Ibid.