

La CIJ et les réserves aux traités

Remarques cursives sur une révolution jurisprudentielle

Alain Pellet

1. Comme on l'a écrit, « Judge Oda's personal judicial *œuvre* may be the largest in the history of the Permanent and the International Court ». ¹ Toutefois, le dédicataire du présent ouvrage n'a, à la connaissance du signataire de cette brève étude, jamais pris de position particulière sur la question des réserves aux traités. Il n'y a pas lieu de s'en étonner : lorsqu'il a pris ses fonctions à la Cour, en 1976, les fondements du régime des réserves étaient bien établis et, si la Haute Juridiction a pu, au hasard de quelques affaires, le mettre en œuvre depuis lors, elle n'a eu durant les vingt-cinq dernières années aucune occasion de se prononcer sur des questions de principe à leur sujet.

C'est pourtant sans doute l'un des domaines (avec, peut-être, celui du droit de la mer, si cher au Judge Oda) dans lequel la Cour a joué le rôle le plus décisif en faisant subir au droit traditionnel des réserves une mutation fondamentale dont il n'est pas exagéré de penser qu'elle relève davantage de la « révolution » que de l'application pure et simple du droit, et même de la « législation judiciaire ». ²

C'est que le célèbre avis consultatif du 28 mai 1951, ³ qui a longtemps constitué le seul portant sur une question juridique générale et abstraite, ⁴ ne comble pas une lacune du droit international ; il rompt

¹ M. Reisman, « Metamorphoses : Judge Shigeru Oda and the International Court of Justice », *Canadian YIL* 1995, 211.

² Voir *infra*, n° 10.

³ *CIJ Recueil* 1951, 15.

⁴ Cf. S. Oda, « The International Court of Justice Viewed from the Bench (1976-1993) », *RdC* 244 (1993-VII), 94 (voir aussi *infra*, note 111) ; on peut peut-être y ajouter cependant l'avis de 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (*CIJ Recueil* 1949, 174). Depuis lors, la Cour a été appelée à donner un nouvel avis de ce type à propos de la *Licéité*

délibérément avec les règles antérieures auxquelles il substitue un système entièrement nouveau et plus adapté aux évolutions de la société internationale. Au demeurant, malgré le caractère spectaculaire de cette « révolution jurisprudentielle », l'apport de la CIJ au droit des réserves ne s'est pas borné à la refondation de 1951 ; dans plusieurs affaires ultérieures, la Cour a eu l'occasion de consolider et de préciser le régime juridique des réserves, sans, pour autant, en lever toutes les ambiguïtés.

I. La « révolution jurisprudentielle » de 1951

2. Peu de décisions de la Cour ont fait couler autant d'encre que l'avis de 1951,⁵ et cette abondance est d'autant plus remarquable qu'au début des années 1950 la tradition, maintenant bien établie, de commenter systématiquement la moindre décision de la Cour mondiale dans les revues spécialisées (du reste moins nombreuses qu'aujourd'hui) était encore balbutiante.

Il y a d'excellentes raisons à cela. Non seulement, en effet, la décision de la Cour porte sur un problème dont les implications pratiques et théoriques sont importantes, mais encore et surtout, le mode de raisonnement retenu par la CIJ est d'une extrême audace, ce qui explique à suffisance les controverses suscitées par l'avis de 1951, qui sera cependant à l'origine d'une mutation profonde et durable des règles applicables aux réserves aux traités.

de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires (avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Recueil* 1996, 226) ; elle s'y est montrée moins innovatrice.

⁵ Parmi les principaux commentaires, voir W. W. Bishop, *AJIL* (1951), 579-590 ; M. Diez de Velasco, *Revista española de derecho internacional* (1951), 1029-1089 ; J.-F. Lalive, *ASDI* (1952), 222-236 ou Jan H. W. Verzijl, *The Jurisprudence of the World Court*, 1966, 71-80. Voir aussi W. W. Bishop Jr., « Reservations to Treaties », *RdC* 103 (1961-II), 281-295 ; G. G. Fitzmaurice, « Reservations to Multilateral Conventions », *ICLQ* (1953), 1-26 et *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, 406-427 ; P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, 1979, 58-75 ; C. Redgwell, « Universality or Integrity ? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties », *BYIL* (1993), 247-253 ; J. M. Ruda, « Reservations to Treaties », *RdC* 146 (1975-III), 133-148 ; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 1970, 291-295 ou K. Zemanek, « Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties », in *Études de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, 1984, 324-327. Pour une liste plus complète, voir A. Pellet, *Deuxième rapport sur les réserves aux traités*, Annexe I, Bibliographie concernant les réserves aux traités, mise à jour 8 avril 1999, A/CN.4/478/Rev. 1, 27 p., not. 10-11.

1. Une rupture avec les règles traditionnelles

3. Les faits à l'origine de la demande d'avis sont connus.⁶ Saisi de plusieurs instruments de ratification de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 assortis de réserves, dont certaines avaient été contestées, le Secrétaire général réagit très naturellement en suivant la pratique traditionnelle de la S.d.N. selon laquelle :

« Un État ne peut formuler une réserve en signant ou en ratifiant une convention ou en y adhérant avant son entrée en vigueur, qu'avec le consentement de tous les États qui, jusqu'à la date d'entrée en vigueur, ont ratifié ladite convention ou y ont adhéré ; il ne peut formuler de réserve après la date d'entrée en vigueur qu'avec le consentement de tous les États qui ont déjà ratifié la convention ou y ont déjà adhéré ».⁷

Toutefois, en même temps qu'il énonçait ce principe de l'unanimité, le Secrétaire général attirait l'attention sur un autre système, mis en œuvre au sein de l'Union panaméricaine et décrit dans les termes suivants par une résolution du Conseil exécutif de cette organisation du 4 mai 1932 :

« Quant au statut juridique des traités ratifiés avec des réserves qui n'ont pas été acceptées, le Conseil de l'Union panaméricaine estime que :

1. Le traité est en vigueur, dans la forme sous laquelle il a été signé, entre les pays qui le ratifient sans réserves, suivant les termes dans lesquels il a été rédigé et signé à l'origine.
2. Il est en vigueur entre les États qui le ratifient sous réserves et les États signataires [*sic*] qui acceptent les réserves sous sa forme modifiée par lesdites réserves.
3. Il n'est pas en vigueur entre un État qui l'a ratifié sous réserves et un autre État qui l'a déjà ratifié et qui n'accepte pas lesdites réserves ».⁸

⁶ Pour un exposé détaillé, voir Bishop, *RdC* 1961, voir note 5, 281-286 ; Imbert, voir note 5, 59-61 ; Sh. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, 1989, 424-428 ou Ruda, voir note 5, 133-139.

⁷ Rapport du Secrétaire général à l'Assemblée générale, 5^{ème} session, 1950, A/1372, par. 46 ; voir aussi le par. 5.

⁸ Cité dans le *Rapport de la Commission du Droit international sur les travaux de sa 3^{ème} session*, A/1858, 5, par. 21.

Tel est le système « flexible » que défendirent la plupart des États latino-américains lors des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale qui eurent lieu sur ce point en 1950⁹ et dont la CIJ puis la Convention de Vienne de 1969 s'inspireront pour tenir en échec la règle traditionnelle.

Pour ajouter à la confusion, l'URSS et ses amis, introduisirent une troisième théorie, souvent baptisée « de la souveraineté absolue »,¹⁰ selon laquelle les États auraient le droit de formuler toute réserve de leur choix, sans être, pour autant empêchés de devenir parties.

4. Saisie, par la résolution 478 (V) du 16 novembre 1950, de la question de savoir si un État qui a formulé une réserve à la Convention sur le génocide peut « être considéré comme partie à la Convention aussi longtemps qu'il maintient sa réserve si une ou plusieurs parties à la Convention font une objection à cette réserve, les autres parties n'en faisant pas ? », la Cour, à la courte majorité de sept voix contre cinq,¹¹ y a répondu par l'affirmative « si ladite réserve est compatible avec l'objet et le but de la Convention ».¹²

En même temps, elle précisait en réponse à la deuxième question posée par l'Assemblée générale¹³ :

« a) que si une partie à la Convention fait objection à une réserve qu'elle estime n'être pas compatible avec l'objet et le but de la Convention, elle peut, en fait,¹⁴ considérer l'État qui a formulé cette réserve comme n'étant pas partie à la Convention ;

⁹ Cf. le Compte-rendu des 217^{ème} à la 225^{ème} séances de la Sixième Commission, A/C.6/217-225 ; voir aussi le rapport de la Sixième Commission, A/1494, 26-31 et le *Memorandum* de l'Uruguay, A/C.6/L.117.

¹⁰ Voir G. G. Fitzmaurice, *ICLQ* (1953), préc. note 5, 10-11 et *The Law and Procedure . . .*, cité *ibid.*, 410.

¹¹ Les juges polonais (Zoričić) et yougoslave (Winiarski) ont voté avec la majorité ; le juge soviétique (Krylov) n'a pas participé au délibéré. Il n'est pas sans intérêt que les juges américains se divisèrent : Hackworth (États-Unis) et Read (Canada) votèrent avec la majorité ; le Vice-Président Guerrero (El Salvador) se joignit à l'opinion dissidente collective qui constitue un fort plaidoyer en faveur du principe traditionnel de l'unanimité, tandis qu'Alvarez (Chili) rédigea une opinion dissidente concluant à l'impossibilité totale de faire des réserves à la Convention sur le génocide.

¹² Avis du 28 mai 1951, *CIJ Recueil* 1951, 29.

¹³ « En cas de réponse affirmative à la première question, quel est l'effet de cette réserve dans les relations entre l'État qui a formulé la réserve et : a) Les parties qui ont fait une objection à la réserve ? b) Celles qui l'ont acceptée ? ».

¹⁴ Cette mention surabondante, que n'expliquent pas les motifs de l'avis, est troublante : pourquoi « en fait » ?

- b) que si, au contraire, une partie accepte la réserve comme étant compatible avec l'objet et le but de la Convention, elle peut, en fait,¹⁴ considérer l'État qui a formulé cette réserve comme étant partie à la Convention ».¹⁵

En outre, mais dans les motifs de son avis, la Cour précise :

« 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 réserve ».¹⁶

Ce faisant, la Cour rejetait clairement et la théorie de la souveraineté absolue et le principe de l'unanimité. Toutefois, tout en semblant s'inspirer de la pratique panaméricaine, elle s'en démarquait à plusieurs points de vue.

5. La thèse selon laquelle la faculté de faire des réserves est illimitée est condamnée d'emblée :

« Il est bien établi qu'un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement et qu'en conséquence aucune réserve ne lui est opposable tant qu'il n'a pas donné son assentiment. On peut également considérer comme un principe reconnu que toute convention multilatérale est le fruit d'un accord librement intervenu sur ses clauses et qu'en conséquence il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre, par des décisions unilatérales ou des accords particuliers, ce qui est le but et la raison d'être de la convention ».¹⁷

À l'inverse, la Cour relève que l'« on ne saurait certainement pas conclure de l'absence dans une convention multilatérale d'un article

¹⁵ *CIJ Recueil* 1951, 29-30.

¹⁶ *Ibid.*, 27.

¹⁷ *Ibid.*, 21 ; voir aussi 24 : « Il a été soutenu . . . que tout État ayant qualité pour devenir partie à la Convention sur le génocide peut le devenir tout en y apportant, à volonté et en vertu de sa souveraineté, n'importe quelle réserve. La Cour estime que ce point de vue ne peut être retenu. Il est manifeste qu'une application aussi extrême de l'idée de la souveraineté étatique pourrait conduire à une complète méconnaissance de l'objet et du but de la Convention ».

relatif aux réserves à l'interdiction pour les États contractants d'y apporter certaines réserves ». ¹⁸ Tout est affaire d'espèce :

« Le caractère d'une convention multilatérale, son objet, ses dispositions, son mode d'élaboration et d'adoption sont autant d'éléments qui doivent être pris en considération pour apprécier, dans le silence de la convention, la possibilité de formuler des réserves ainsi que pour en apprécier la régularité et les effets ». ¹⁹

Et, faisant application de cette méthode, la Cour constate, dans un long passage qui constitue le cœur même de son avis, que la Convention sur le génocide laisse cette possibilité ouverte :

« L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les États qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'États. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs États, outre qu'elle restreindrait le cercle de son application, serait une atteinte à l'autorité des principes de morale et d'humanité qui sont à sa base. On ne conçoit pas que les contractants aient pu facilement admettre qu'une objection à une réserve mineure puisse produire un tel résultat. Mais on pourrait moins encore prêter aux contractants la pensée d'avoir sacrifié à la vaine recherche du nombre des participants les fins mêmes de la Convention. L'objet et le but de celle-ci assignent ainsi 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 ». ²⁰

6. Quoique l'on en ait dit, ceci ne revient pas à endosser purement et simplement le système pan-américain, ²¹ que la Cour évoque en passant pour nier l'existence d'une pratique générale, ²² mais qui repose sur un mécanisme purement procédural et « subjectif » et nullement sur les

¹⁸ *Ibid.*, 22.

¹⁹ *Ibid.* Il résulte aussi de cette position, *a contrario*, que la possibilité de faire des réserves à certains traités peut être exclue, ce que l'on a peu relevé ; la Convention de Vienne ne reprend pas explicitement cette idée.

²⁰ *Ibid.*, 24.

²¹ Même si, comme lui, le système retenu par la Cour tend vers la « bilatéralisation » des conventions multilatérales.

²² *CIJ Recueil* 1951, 25.

critères (« objectifs ») d'admissibilité des réserves.²³ « The compatibility of a reservation with the object and purpose of the treaty was a notion which was foreign to the Pan-American regime »,²⁴ alors qu'elle est au centre de celui retenu par la CIJ.

Du même coup, la Cour crée un problème qu'évitaient aussi bien le système pan-américain, que le principe de l'unanimité. Sans doute, dans les trois cas de figure, « l'appréciation de la régularité de la réserve appartient à chaque État partie à la convention » et la Cour souligne que, comme dans le premier, c'est à chacun d'eux « qu'il appartient d'exercer ce droit individuellement et pour son propre compte »,²⁵ Mais ceci ne posait aucun problème dans le cadre pan-américain, dont les règles, purement mécaniques, ne concernaient nullement la validité, objective, des réserves. Il en va différemment dès lors que, comme la CIJ, on se place sur le terrain de la licéité : elle pose un principe objectif mais laisse à chaque État le soin de l'appliquer en ce qui le concerne, ce qui risque d'être source de grands désordres. La Cour se montre d'ailleurs consciente de la difficulté,²⁶ mais elle ne propose aucune solution, si ce n'est un très hypothétique recours au juge.²⁷

C'est d'ailleurs cette exclusion de toute solution mécanique qui constitue l'innovation fondamentale de l'avis. Comme l'a écrit le professeur Pierre-Henri Imbert : « Exiger d'une réserve qu'elle soit 'compatible avec l'objet et le but du traité' n'est pas en soi particulièrement révolutionnaire, ni même très nouveau. Cela revient à exprimer l'interdiction traditionnelle des réserves générales et plus simplement l'idée qu'un État ne peut devenir partie à un traité en refusant expressément d'en respecter les dispositions essentielles, celles

²³ Pour une description autorisée de ce système, par le Conseil exécutif de l'Union panaméricaine, voir *supra*, n° 3.

²⁴ F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, 1988, 115.

²⁵ *CIJ Recueil* 1951, 26.

²⁶ « Les inconvénients qu'entraîne cette divergence éventuelle de vues [sur la compatibilité de la réserve avec le but et l'objet du traité d'une réserve] sont réels, ils sont atténués par l'obligation commune des États contractants de s'inspirer, dans leur jugement, de la compatibilité ou de l'incompatibilité de toute réserve avec l'objet et le but de la Convention » (*ibid.*, 27).

²⁷ Cf. *ibid.* ; cette référence s'explique par la présence d'une clause juridictionnelle à l'article IX de la Convention sur le génocide ; elle est sans effet dès lors que la réserve porte, précisément, sur cette disposition. On a cru pouvoir justifier cette lacune par le fait qu'elle était sans conséquence dès lors que la Convention n'entre pas en vigueur entre l'État réservataire et l'auteur de l'objection (cf. K. Zemanek, voir note 5, 326) ; mais, outre que ce n'est pas forcément le cas (cf. l'article 21, par. 3, de la Convention de Vienne de 1969), c'est postuler que la Cour admet la relativité de la notion d'objet et de but du traité ; ce n'est rien moins qu'évident.

qui constituent la raison d'être du lien conventionnel ». ²⁸ En revanche, en faisant de ce critère la seule règle de base en la matière, la Cour rompt avec toutes les règles antérieures. Par là, elle fait œuvre « révolutionnaire » – quelque peu négativement ; mais le propre de toute révolution n'est-il pas, d'abord de détruire ?

7. Plus accessoirement, la Cour s'écarte aussi des pratiques antérieures dans sa réponse à la troisième question posée par l'Assemblée générale. ²⁹

Faisant sans doute allusion au système pan-américain, elle considère que le problème de l'effet d'une objection à une réserve se pose indépendamment de la réponse à la question 1 puisque, dans tous les cas, ³⁰ « il n'en demeure pas moins qu'entre l'État qui a fait la réserve et celui qui y a fait objection la Convention n'entre pas en vigueur ». ³¹

Dans un premier temps, la Cour récuse l'idée selon laquelle tout État ayant vocation à devenir partie puisse émettre une objection (et, donc, être destinataire des communications du dépositaire concernant les réserves) :

« La Cour relève que le droit de devenir partie à la Convention ne traduit pas une notion bien définie. On ne conçoit pas qu'avant l'exercice de l'une ou de l'autre des deux facultés prévues pour être partie à la Convention, ³² un État, eût-il participé à l'élaboration de celle-ci puisse exclure un autre État. Ne possédant aucun droit qui puisse dériver de la Convention, cet État ne peut tirer une telle faculté de la qualité de Membre des Nations Unies ou de l'invitation à signer à lui adressée par l'Assemblée générale ». ³³

Dans un second temps, la Haute Juridiction établit que « [l]e cas d'un État signataire est différent » ; « la signature constitue la première étape dans la participation à la Convention » ; elle établit un statut provisoire

²⁸ Voir note 5, 63 ; note de bas de page omise.

²⁹ « En ce qui concerne la réponse à la question I, quel serait l'effet juridique d'une objection à une réserve si cette objection est faite par : a) Un signataire qui n'a pas encore ratifié la convention ? b) Un État qui a le droit de signer ou d'adhérer mais qui ne l'a pas encore fait ? ».

³⁰ Mais ce n'est pas exact si l'on applique le principe de l'unanimité : le problème est résolu par l'exclusion de l'État réservataire du cercle des parties.

³¹ *CIJ Recueil* 1951, 27.

³² En vertu de son article XI, la Convention sur le génocide est ouverte à la signature suivie de la ratification jusqu'au 31 décembre 1949, et, après cette date, à l'adhésion de tout État membre des Nations Unies ou invité à devenir partie par l'Assemblée générale.

³³ *CIJ Recueil* 1951, 28.

« plus favorable aux États signataires qu'à ceux qui n'ont ni signé ni adhéré ». ³⁴ Dès lors, « [e]n attendant la ratification, le statut provisoire créé par la signature confère aux signataires qualité pour formuler au [sic] titre conservatoire des objections ayant elles-mêmes un caractère provisoire » ³⁵ et qui constituent un « avertissement » adressé à l'État ayant formulé la réserve. ³⁶

Sur ce point, la Cour prend à nouveau le contre-pied de la pratique du Secrétaire général des Nations Unies ³⁷ mais suit celle de l'OEA, ³⁸ ce qui est logique étant donné la grande parenté des règles posées par la Cour avec le système pan-américain en ce qui concerne non pas le mécanisme des objections aux réserves mais leurs effets.

2. Un mode de raisonnement audacieux

8. Relativement bref, ³⁹ l'avis du 28 mai 1951 n'est assurément pas un modèle de rigueur juridique. Et la comparaison avec l'argumentation serrée de l'opinion individuelle commune rédigée par quatre des cinq juges de la (ou des ⁴⁰) minorité(s) ⁴¹ n'est pas, à cet égard, à l'avantage de la majorité. ⁴²

En suivant un raisonnement sans faille, étayé par de nombreux exemples, ils établissent au-delà de tout doute raisonnable :

- « a) que, en vertu de la règle de droit international en vigueur et de la pratique courante des Nations Unies, une réserve proposée à une convention multilatérale ne peut porter effet et l'État qui formule ladite réserve ne peut devenir partie à la convention sans le consentement de toutes les parties ;

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, 28.

³⁷ Voir le rapport du Secrétaire général A/1372, cité ci-dessus note 7, par. 6 : seuls les États déjà parties pouvaient faire objection à une réserve.

³⁸ Cf. le *Rapport de la CDI sur les travaux de sa 3^{ème} session*, préc. note 8, par. 21.

³⁹ Dix pages imprimées (*CIJ Recueil* 1951, 20-29) pour le corps même de l'avis.

⁴⁰ L'opinion dissidente du Juge Alvarez part de prémisses entièrement distinctes de celles et de la majorité et de l'opinion collective ; voir *supra*, note 11.

⁴¹ Cet exposé commun est signé de Guerrero, Vice-Président, McNair, Read et Hsu Mo et occupe davantage de pages (17 – *CIJ Recueil* 1951, 31-47) alors même que les juges dissidents ne répondent qu'à la première question posée par l'Assemblée générale.

⁴² L'opinion collective est « beaucoup mieux construite et surtout plus documentée que l'avis lui-même » (Imbert, voir note 5, 68).

- b) que les États qui négocient une convention sont libres de modifier tant la règle que la pratique en insérant, dans la convention, les dispositions expresses qui conviennent – ce qu'ils font d'ailleurs fréquemment ;
- c) que les États qui ont négocié la Convention sur le génocide n'ont rien fait de la sorte ;
- d) et que, par conséquent, ils ont passé contrat dans la pensée que le droit en vigueur et la pratique courante s'appliqueraient de la manière usuelle à toutes les réserves qui viendraient à être proposées », ⁴³

avant de critiquer avec une certaine véhémence le système retenu par la majorité qui « n'apporte aucun moyen sûr permettant de résoudre les problèmes qu'ont fait ou que feront peut-être encore surgir les réserves à la Convention sur le génocide. La règle [de la compatibilité des réserves avec l'objet et le but du traité] n'apporte aucun moyen susceptible de produire un résultat définitif et cohérent » ⁴⁴ et sacrifie à tort l'intégrité des dispositions de la Convention à une universalité de façade. ⁴⁵

9. Il n'est guère contestable que, pour parvenir à des conclusions contraires, la majorité a pris quelque liberté avec les canons habituels du raisonnement juridique.

Le point de départ est, d'emblée, marqué par une étrangeté : après avoir relevé que la première – et principale – question posée n'a pas trait à la possibilité d'apporter des réserves à la Convention sur le génocide, ⁴⁶ la Cour s'emploie, assez longuement, à établir cette possibilité ⁴⁷ que nul, au demeurant, ne contestait. ⁴⁸ Il n'est guère douteux que, par cette démarche, la majorité entend « remettre à plat » les règles habituelles relatives aux réserves en posant, sans le dire expressément, le principe d'un « droit aux réserves », qui n'est certes pas illimité, mais qui va très au-delà de l'aléa fondamental résultant de la règle traditionnelle de l'unanimité. Cela est d'autant plus clair qu'en partant des prémisses mêmes auxquelles s'attache la Cour, le « but purement humain et civilisateur » de la Convention ⁴⁹ – dont elle déduit la faculté de faire des

⁴³ *CIJ Recueil* 1951, 41-42.

⁴⁴ *Ibid.*, 46.

⁴⁵ *Ibid.*, 46-47.

⁴⁶ *Ibid.*, 21.

⁴⁷ *Ibid.*, 21-23 – voir *supra*, n° 5.

⁴⁸ Imbert, voir note 5, 71.

⁴⁹ *CIJ Recueil* 1951, 23.

réserves – on pouvait, tout aussi bien, comme le soulignent tous les juges de la minorité,⁵⁰ arriver à la conclusion contraire.

Une autre bizarrerie de l'avis tient à la démarche même suivie par la majorité sur le point central de son raisonnement. Alors que l'on aurait pu s'attendre à ce que, très naturellement, la Cour s'interroge *d'abord* sur l'existence – ou non – d'une règle générale permettant de répondre à la question posée, elle recherche la réponse « dans les principes de droit relatifs à l'interprétation de l'intention des parties dans les conventions multilatérales », ⁵¹ ce qui la conduit à poser le principe de la compatibilité⁵² – qui ne le permet que très imparfaitement –, avant d'en venir enfin à la question de savoir si la règle de l'unanimité constitue un règle générale de droit positif, ce qu'elle nie d'un revers de plume en affirmant que la pratique – constante – suivie par le Secrétariat de la S.d.N. puis par le Secrétaire général des Nations Unies constituait une simple « pratique administrative » insusceptible de fonder une norme coutumière et à laquelle les négociateurs de la Convention sur le génocide n'ont pas entendu se référer,⁵³ ce que dément une lecture objective des travaux préparatoires, comme l'opinion dissidente collective le prouve de manière convaincante.⁵⁴

Cette négation, tout de même cavalière, de l'existence d'une règle coutumière n'était du reste, nullement indispensable pour répondre à la question posée par l'Assemblée générale : il suffisait de considérer que la Convention sur le génocide présentait des particularités suffisantes pour y déroger.⁵⁵ Mais, visiblement, la Cour n'entend pas limiter sa réponse à ce seul traité.⁵⁶

Sans doute, commence-t-elle par affirmer vigoureusement que les questions « sont toutes trois expressément limitées, par les termes de la résolution de l'Assemblée générale, à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide » et que, « [l]es questions ayant ainsi un objet nettement défini, les réponses que la Cour est appelée à y faire sont nécessairement et strictement limitées à ladite Convention ».⁵⁷

⁵⁰ Opinion dissidente collective, *ibid.*, 46-47 ; opinion dissidente du Juge Alvarez, *ibid.*, 53-54.

⁵¹ *Ibid.*, 20.

⁵² *Ibid.*, 24 – voir *supra*, n° 5.

⁵³ *Ibid.*, 25.

⁵⁴ *Ibid.*, 41.

⁵⁵ Voir en ce sens Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, Stevens, Londres, 373.

⁵⁶ F. Horn (voir note 24, 20) fait remarquer que la négation de l'existence de la règle traditionnelle constitue aussi un moyen élégant d'éviter le problème de la rétroactivité que la substitution d'une règle à une autre aurait pu poser en ce qui concerne l'application de la règle nouvelle aux traités conclus avant son apparition.

⁵⁷ *CIJ Recueil* 1951, 20.

Mais elle ne s'en tient nullement à cette déclaration d'intention et n'hésite pas à procéder à des généralisations qui la démentent nettement, qu'il s'agisse de la faculté de faire des réserves en cas de silence d'un traité⁵⁸ ou du principe même de la compatibilité. « This tendency of the Court to start by referring to the particular circumstances of the Genocide Convention and then to state its conclusions on the law in more general terms, appears throughout its judgment [*sic*] ».⁵⁹

10. Sir Hersch Lauterpacht a qualifié – avec approbation d'ailleurs – la démarche de la Cour de « judicial legislation » qu'il conviendrait de regarder « not as a denial, but as a development . . . of the customary law on the subject ».⁶⁰

Ce serait le cas si l'on avait été, effectivement, en présence d'une lacune du droit international coutumier applicable. Mais, même si la majorité affecte de croire le contraire à coup d'affirmations peu convaincantes, comme l'opinion dissidente collective l'établit de manière concluante,⁶¹ tel n'était pas le cas, si bien que l'on ne peut guère que constater que, si « législation » il y a, elle n'est pas *praeter legem*, mais, bel et bien, *contra legem*. En tout cas, « le juge ne s'est pas contenté d'affirmer que le principe de l'unanimité était inapplicable en l'espèce ; il a conçu et présenté d'une façon nouvelle l'ensemble du problème des réserves ».⁶²

Comme l'a écrit aussi Sir Hersch Lauterpacht : « The more convincing explanation is that the generally recognised rule of consent to reservation, based as it was on the principle of unanimity with all the concomitant disadvantages and anomalies inherent in its rigid application, was unsatisfactory and ripe for *revision* in the light of changed circumstances ».⁶³

11. Il fallait, assurément, des raisons bien décisives aux yeux des juges de la majorité, pour que ceux-ci tournent délibérément le dos au droit positif, qu'il appartient à la Cour de mettre en œuvre.

Ces raisons existaient et sont exposées, de manière parfois allusive, dans l'avis lui-même. Ainsi, la Cour relève que la nouvelle donne des

⁵⁸ *Ibid.*, 22 ou 26 – voir *supra*, n° 5.

⁵⁹ D. Greig, « Reservations : Equity as a Balancing Factor ? », *Australian Yb. Int'l L.* 1995, 47 ; voir aussi Imbert, voir note 5, 58-59.

⁶⁰ Voir note 55, 374 ; voir aussi 189-190.

⁶¹ La majorité elle-même admet, au détour d'une phrase que la règle de l'unanimité « conserve une valeur de principe indéniable » (*CIJ Recueil* 1951, 21).

⁶² Imbert, voir note 5, 58-59.

⁶³ Voir note 55, 373 (italiques ajoutées). L'éminent auteur écrit ailleurs que la Cour « discarded the principle of unanimous consent not only as a rule of existing law, but as a rational rule of law » (188).

relations internationales est à l'origine « d'un besoin nouveau d'assouplissement dans le jeu des conventions multilatérales »⁶⁴ ; tel est en particulier le cas de l'adoption de celles-ci à la majorité : « Or le principe majoritaire, s'il facilite la conclusion des conventions multilatérales, peut rendre nécessaire pour certains États de formuler des réserves ».⁶⁵

« C'est dans ce souci de s'adapter à une évolution dont on devinait à peine les prémisses que réside toute la portée de l'avis et le mérite des juges de la majorité ».⁶⁶ Leur position, fort audacieuse, avait, il est vrai, été préparée par les débats de l'année précédente à l'Assemblée générale : sans doute, ceux-ci traduisent-ils bien davantage « la contestation d'un système établi » que « l'absence d'un tel système »,⁶⁷ mais ils n'en montrent pas moins que celui-ci n'est plus adapté aux aspirations d'un nombre important de membres de la société internationale.⁶⁸ Avec une pré-science très sûre des évolutions du droit international, qu'ils anticipent plus qu'ils l'accompagnent, les sept juges de la majorité se saisissent de ce malaise et donnent le coup d'envoi à une approche entièrement nouvelle des règles applicables aux réserves, dont les effets, cinquante ans plus tard, ne sont pas encore complètement stabilisés.⁶⁹

3. Une mutation contestée mais durable des règles relatives aux réserves

12. Les plaidoiries,⁷⁰ écrites ou orales, des États devant la Cour avaient été aussi contrastées que les débats à l'Assemblée générale. L'avis lui-même avait été rendu par une minorité des membres de la Cour⁷¹ et

⁶⁴ *CIJ Recueil* 1951, 22 – le passage que cette phrase conclut est caractéristique : il part de considérations propres à la Convention sur le génocide pour déboucher sur des réflexions générales.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Imbert, voir note 5, 71.

⁶⁷ *Ibid.*, 61.

⁶⁸ En ce sens : Horn, voir note 24, 21.

⁶⁹ En 1994, la Commission du Droit international a inscrit le sujet des « Réserves aux traités » à son ordre du jour et entrepris l'élaboration d'un Guide de la pratique sur ce sujet (cf. les rapports de la CDI sur ses 46^{ème} et 47^{ème} sessions à l'Assemblée générale, docs. A/49/10, par. 382 et A/50/10, par. 491).

⁷⁰ Voir CIJ, *Mémoires, plaidoiries et documents – Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, 1950. Pour une brève présentation de ces plaidoiries, Greig, voir note 59, 80-83.

⁷¹ Il est difficile de prédire ce qu'aurait été l'attitude du Juge soviétique Krylov s'il avait pris part au délibéré. La position de la majorité est, assurément, plus proche de celle dont l'URSS s'était faite le champion que ne l'était le

l'opinion individuelle collective de quatre juges, très fortement argumentée,⁷² en ébranlait sérieusement l'autorité. Globalement, aux brillantes exceptions près de Charles de Visscher⁷³ – qui faisait partie des juges de la majorité – et, dans une moindre mesure, de Sir Hersch Lauterpacht,⁷⁴ il fut d'ailleurs mal accueilli par la doctrine.⁷⁵ Tout ceci laissait mal augurer de l'avenir du principe de la compatibilité « inventé » par la Cour.

Au surplus, l'Assemblée générale, en même temps qu'elle avait saisi la CIJ d'une demande d'avis consultatif, avait, par sa résolution 478 (V), invité la Commission du Droit international :

- « a) À étudier, au cours de ses travaux sur la codification du droit des traités, la question des réserves aux conventions multilatérales aux deux points de vue de la codification et du développement progressif du droit international . . .
- b) À tenir compte lors de cette étude de toutes les opinions exprimées au cours de la cinquième session de l'Assemblée générale et spécialement à la Sixième Commission ».

Il ne fait guère de doute que, « in adopting this single resolution, which itself was already in the nature of a compromise, the General Assembly was inclined to believe that the advisory opinion would tend towards the unanimity rule upholding the practice of the Secretary-General, and that the International Law Commission would try to effect a reconciliation (assuming one to be possible) between the two main variants, the practice of the League of Nations on the one hand and of the Organization of American States on the other ».⁷⁶ « La Cour n'a-t-elle pas pour objet de 'dire le droit' alors que le but de la Commission est de promouvoir non seulement la codification du droit international mais aussi son 'développement progressif' ? ».⁷⁷

principe traditionnel de l'unanimité. Mais il lui aurait sans doute été difficile d'accepter la condamnation très nette par la majorité de la thèse de la souveraineté absolue (voir *supra*, n° 4). En revanche, on peut penser que le Juge brésilien Azevedo aurait voté avec la majorité, quoi que ceci ne puisse être affirmé avec certitude : les juges américains se sont divisés – voir *supra*, note 11.

⁷² Voir *supra*, n° 8.

⁷³ Cf. *Théories et réalités . . .*, préc. note 5, 291-294 et *Les effectivités du droit international public*, 82-85.

⁷⁴ Lauterpacht, voir note 55, 186-196 et 372-374.

⁷⁵ Pour un bref panorama de ces réactions doctrinales, Ruda, voir note 5, 146-147 ou Redgwell, voir note 4, 252.

⁷⁶ Rosenne, voir note 6, 427

⁷⁷ Imbert, voir note 5, 61 ; dans le même sens : Horn, voir note 24, 21.

À la surprise générale, ce fut le contraire qui se produisit. Alors que la Cour avait adopté une solution résolument novatrice, tenant compte des aspirations à une plus grande souplesse qui s'étaient manifestées au sein de l'Assemblée générale, la CDI s'en tint à une vision conservatrice⁷⁸ et se fit l'avocat du principe traditionnel de l'unanimité.

13. Dans son rapport de 1951 à l'Assemblée générale, la Commission s'emploie d'abord à minimiser la portée de l'avis de la Cour en soulignant que les questions soumises à celle-ci « concernaient uniquement les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide »⁷⁹ et en s'appuyant sur les passages de l'avis allant en ce sens, mais en se gardant bien de souligner les multiples indices en sens contraire.⁸⁰ Forte de cette analyse partielle – ou partielle –, la Commission « estime donc qu'elle a toute latitude pour proposer la pratique qu'elle croit la plus appropriée pour être adoptée par les États à l'avenir ».⁸¹

S'appuyant fortement sur le rapport du Secrétaire général, la CDI voit dans les règles appliquées à la S.d.N. puis aux Nations Unies « une pratique établie »⁸² et, dans la procédure suivie à l'OEA, une pratique régionale qui ne devrait pas être généralisée car elle « semble devoir encourager la présentation de réserves ; du fait de la diversité de ces réserves et de l'attitude divergente des États à leur égard, une convention multilatérale tend à être divisée en une série de conventions bilatérales, ce qui réduit l'efficacité de la convention multilatérale ».⁸³ Suit une vigoureuse critique du critère de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'une convention multilatérale, dont l'individualisation sera impossible dans la plupart des cas⁸⁴ et, en admettant qu'elle puisse

⁷⁸ Membre de la CDI depuis douze ans, l'auteur de la présente étude n'est pas convaincu qu'il y ait lieu de s'en étonner : d'une façon générale, la Commission a, aujourd'hui encore, une vision frileuse de son rôle en matière de développement progressif du droit international.

⁷⁹ Rapport préc. note 8, 4, par. 17.

⁸⁰ Voir *supra*, n° 9. Dans son rapport sur sa 14^{ème} session, qui marque son revirement sur la question (voir *infra*, n° 15), la Commission insistait au contraire sur les aspects généraux de l'avis donné par la Cour (Rapport de la Commission du Droit international sur les travaux de sa 14^{ème} session, CDI, *Annuaire* 1962, vol. II, 195-196).

⁸¹ Rapport préc. note 8, 4, par. 17.

⁸² *Ibid.*, par. 18 ; on notera la nuance par rapport à l'analyse faite par la Cour, qui parle de « pratique administrative » (voir *supra*, n° 9).

⁸³ *Ibid.*, 6, par. 22.

⁸⁴ « Il semble raisonnable de supposer que, d'ordinaire au moins, les parties considèrent les dispositions d'une convention comme formant un tout indissoluble et qu'une réserve formulée à l'égard de l'une d'elles doit être censée en limiter l'objet et le but » (*ibid.*, par. 24).

être faite, ne pourrait, de toutes manières qu'être subjective avec tous les inconvénients pratiques que ceci implique.⁸⁵ Dès lors, tout en reconnaissant qu'« aucune règle unique d'application uniforme ne peut se révéler entièrement satisfaisante », la Commission en vient à recommander « la règle qui lui paraît être la moins mauvaise possible et pouvoir s'appliquer dans le plus grand nombre de cas »,⁸⁶ à savoir le principe traditionnel de l'unanimité.⁸⁷

14. Face à ces positions contradictoires, l'Assemblée générale ne tranche pas vraiment. Par sa résolution 598 (VI) du 12 janvier 1952, dans laquelle on a pu voir « one of the fundamental documents in the history of the law of treaties », ⁸⁸ elle entérine la position de la Cour en ce qui concerne la Convention sur le génocide et recommande au Secrétaire général :

- « i) De continuer à exercer ses fonctions de dépositaire à l'occasion du dépôt de documents contenant des réserves et des objections, et ce, sans se prononcer sur les effets juridiques de ces documents ;
- ii) De communiquer à tous les États intéressés le texte desdits documents qui concerne les réserves ou objections, en laissant à chaque État le soin de tirer les conséquences juridiques de ces communications ».

Bien que ce texte, adopté au sein de la Sixième Commission à la courte majorité de 23 voix contre 18 avec 7 abstentions, soit quelque peu sibyllin⁸⁹ et ne décide pas formellement l'abandon du principe de

⁸⁵ *Ibid.* ; parmi ces inconvénients, la CDI mentionne l'impossibilité de résoudre les différences d'opinion entre les États, l'incertitude de la situation d'un État ayant formulé une réserve en cas d'appréciation divergente des autres parties, la difficulté de déterminer quels États sont parties à la convention, voire même du statut lui-même de celle-ci, ainsi que (6-7, par. 25) la complexité de la tâche du dépositaire.

⁸⁶ *Ibid.*, 7, par. 28.

⁸⁷ Dans ses conclusions (8-9, pars. 33-34), la CDI insiste sur l'utilité d'insérer des clauses de réserves dans les conventions élaborées dans le cadre des Nations Unies et sur les responsabilités du » dépositaire.

⁸⁸ Rosenne, voir note 6, 430.

⁸⁹ Il est révélateur que les commentateurs ne s'accordent pas sur la portée de la résolution 598 (VI) : certains considèrent qu'il s'agit d'une résolution de compromis (cf. Rosenne, *ibid.* ou Fitzmaurice, voir note 5, 8, qui évoque « its ostensibly non-committal effect ») ajoutant à la confusion (cf. C. G. Fenwick, « When is a Treaty not a Treaty ? », *AJIL* (1952), 296) ; d'autres y voient, à juste titre, la consécration des vues de la Cour (cf. Imbert, voir note 5, 72 ou Zemanek, voir note 5, 327).

l'unanimité, il consacre en fait la position de la CIJ, au moins pour les conventions conclues à l'avenir et dont le Secrétaire général est dépositaire. Toutefois, s'agissant des traités antérieurs, celui-ci continua à appliquer le principe traditionnel et il était inévitable que cette dichotomie suscite des problèmes. Ce fut le cas en 1959 lorsque des réserves indiennes à l'acte constitutif de l'OMCI se heurtèrent à des objections allemande et française ; à la suite de débats qui virent se renforcer le camp des opposants à la règle traditionnelle,⁹⁰ l'Assemblée générale, par sa résolution 1452 B (XIV) du 7 décembre 1959, étendit les règles de 1952 à toutes les conventions conclues sous les auspices de l'ONU.

Dans les faits, c'était le triomphe du système flexible préconisé par la Cour en 1951, même si, pas plus qu'en 1952, l'Assemblée générale ne le consacrait formellement et si, théoriquement au moins, l'application du nouveau principe restait confinée aux conventions dont le Secrétaire général était dépositaire. Et ce n'est qu'avec le ralliement de la CDI et l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités que le principe de la compatibilité allait devenir la norme fondamentale en matière de réserves.

15. Les résistances au sein de la Commission du Droit international furent cependant durables.

Sans qu'il soit nécessaire d'y insister,⁹¹ les principales étapes de sa lente « conversion » ont été les suivantes :

- en 1953, Sir Hersch Lauterpacht, qui avait remplacé Brierly comme Rapporteur spécial sur le droit des traités, proposa *de lege lata* un projet d'article entérinant la règle de l'unanimité mais assorti de quatre « alternatives » *de lege ferenda* inspirées de la pratique pan-américaine⁹² ;
- les propositions faites en 1956 par son successeur, Sir Gerald Fitzmaurice, qui avait vivement critiqué l'avis de la CIJ,⁹³ s'en tenaient au principe de l'unanimité en dépit de quelques précisions supposées l'assouplir⁹⁴ ;

⁹⁰ Voir O. Schachter, « The Question of Treaty Reservations at the 1959 General Assembly », *AJIL* (1960), 372-379 ; voir aussi Bishop, *RdC*, voir note 5, 297-300 ou J. M. Ruda, voir note 5, 153-156.

⁹¹ Pour une présentation plus complète, voir A. Pellet, premier rapport sur les réserves aux traités in CDI, *Annuaire* 1995, vol. II, 1^{re} partie, pars. 23-57 ; voir également : Bishop, *RdC*, voir note 5, 326-331 ou Ruda, voir note 5, 156-175.

⁹² ILCYB 1953, 91-136. Voir aussi le second rapport de H. Lauterpacht, ILCYB 1954, 131-133.

⁹³ Voir références *supra*, note 5.

⁹⁴ Premier rapport sur le droit des traités dans CDI, *Annuaire* 1956, vol. II, 118 et 129 à 131.

- mais il fallut attendre 1962 et le premier rapport de Sir Humphrey Waldock⁹⁵ pour que l'approche traditionnelle soit abandonnée au profit d'un système que son auteur qualifiait de « souple », mais qui relevait davantage du mécanisme subjectif de l'OEA que de la méthode objective défendue par la Cour : le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité n'y figurait que comme une directive générale devant inspirer les États formulant une réserve⁹⁶ ;
- malgré de fortes réticences d'une minorité de ses membres, la Commission, qui insiste sur l'évolution de la situation depuis 1951,⁹⁷ fit un pas de plus dans la consécration de la solution dégagée par la Cour et estima « que le principe de la 'compatibilité avec l'objet et le but du traité', admis par la Cour, pouvait être adopté comme critère général pour déterminer si les réserves aux traités multilatéraux et les objections à ces réserves sont licites »⁹⁸ ; en conséquence, le paragraphe 1(d) du projet d'article 18 adopté en 1962 posait le principe de la liberté de formuler des réserves « à moins : . . . d) en cas de silence du traité sur la question des réserves que la réserve dont il s'agit ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité ».⁹⁹ En même temps, la CDI prévoyait que « [l]'acceptation d'une réserve par un État qui peut devenir partie au traité confère à l'État auteur de la réserve la qualité de partie au traité à l'égard de l'État qui a accepté cette réserve . . . », tandis qu'une objection fondée sur l'incompatibilité de la réserve avec le but et l'objet du traité « empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui fait objection et l'État qui a formulé la réserve, sauf intention contraire exprimée par l'État qui fait objection ».¹⁰⁰

Favorablement accueilli par l'Assemblée générale,¹⁰¹ le système « souple », défendu par la Cour dès 1951, avait dorénavant supplanté le principe traditionnel de l'unanimité et ne devait plus être remis en cause par la suite, même si des aménagements non négligeables furent apportés au projet en seconde lecture. L'évolution la plus significative concerne

⁹⁵ CDI, *Annuaire* 1962, vol. II, 68-78.

⁹⁶ « Tout État qui formule une réserve . . . doit s'assurer que ladite réserve est compatible avec l'objet et le but du traité » (projet d'article 17, par. 2(a) – *ibid.*, 69).

⁹⁷ Elle mentionne notamment l'élargissement rapide de la communauté internationale et l'affermissement de la pratique suivie par le Secrétaire général (*Rapport préc.*, note 80, 196-197).

⁹⁸ *Rapport préc.*, note 80, 197.

⁹⁹ *Ibid.*, 194.

¹⁰⁰ Projet d'article 20, par. 2 ; *ibid.*

¹⁰¹ Voir Assemblée générale, 17^{ème} session, documents officiels, Sixième Commission, 736^{ème} à 744^{ème} séances (doc. C.6//SR.736 à 744) et doc. A/5287, par. 24.

la « déconnexion » opérée entre les objections aux réserves et le critère de l'objet et du but¹⁰² : condition de la licéité d'une réserve, la compatibilité ne l'est plus de l'objection. Sur ce point, la Commission s'écarte de la position adoptée par la Cour en 1951, qui faisait de « la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention . . . 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* ». ¹⁰³

La Conférence de Vienne ne revint pas sur ces principes mais accrut encore la liberté des États de formuler des réserves, essentiellement en adoptant un amendement soviétique inversant la présomption¹⁰⁴ selon laquelle une objection n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité entre l'État auteur de la réserve et celui de l'objection.¹⁰⁵

16. Plus personne, aujourd'hui, ne doute que, en l'absence de clause conventionnelle, le critère de la licéité d'une réserve tient à sa compatibilité avec le but et l'objet du traité.¹⁰⁶ Et les principes posés par l'article 20, paragraphe 4, de la Convention de Vienne, pour les traités qui ne les excluent pas par nature (par. 2) et qui ne sont pas les actes constitutifs d'une organisation internationale (par. 3), ne sont plus contestés :

« [À] moins que le traité n'en dispose autrement :

- a) L'acceptation d'une réserve par un État contractant fait de l'État auteur de la réserve une Partie au traité par rapport à cet autre État si le traité est en vigueur ou lorsqu'il entre en vigueur pour ces États ;

¹⁰² Voir le quatrième rapport de Sir Humphrey Waldock in CDI, *Annuaire* 1965, vol. II, projet d'article 19, par. 4, 57 et le rapport de la Commission sur sa 18^{ème} session, vol. II, 206 et 220-228.

¹⁰³ Voir le passage préc. accompagnant la note 20 (italiques ajoutées).

¹⁰⁴ Qui avait été retenue par la CDI (article 17, par. 4(b) du projet de 1966 – CDI, *Annuaire* 1966, vol. II, 221).

¹⁰⁵ Voir Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence, A/39/L.3. Voir *infra*, n° 16, le texte de l'article 20, par. 4(b), adopté par la Conférence ; voir aussi l'article 21, par. 3.

¹⁰⁶ Cf. l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 (repris dans l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités conclus entre des États et des organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales) : « Un État, au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins : a) Que la réserve ne soit interdite par le traité ; b) Que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites ; ou c) Que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas a) et b), la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité ».

- b) L'objection faite à une réserve par un État contractant n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui a formulé l'objection et l'État auteur de la réserve, à moins que l'intention contraire n'ait été nettement exprimée par l'État qui a formulé l'objection ;
- c) Un acte exprimant le consentement d'un État à être lié par le traité et contenant une réserve prend effet dès qu'au moins un autre État contractant a accepté la réserve ».

Mis à part la licence – que l'on peut juger abusive – donnée à l'alinéa b),¹⁰⁷ et qui relève davantage de la théorie de la souveraineté absolue, fermement condamnée par la Cour,¹⁰⁸ que de la doctrine « souple » de la compatibilité avec l'objet et le but du traité,¹⁰⁹ ce système trouve son origine, moins dans le système pan-américain¹⁰⁹ que, très directement, dans l'avis de 1951.

« Bouclant la boucle », la Cour, par ses ordonnances du 2 juin 1999 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* introduites par la Yougoslavie contre l'Espagne et les États-Unis, décide de rayer ces affaires du rôle, du fait des réserves formulées par les défendeurs à l'article IX de la Convention sur le génocide, considérant ainsi, implicitement, mais nécessairement, que celles-ci n'étaient pas contraires à l'objet et au but de ce traité¹¹⁰ – point que la Haute Juridiction, compte tenu du caractère abstrait de la question posée,¹¹¹ n'avait pas abordé en 1951, alors même que, concrètement, des réserves à cette disposition étaient, partiellement au moins, à l'origine de la demande d'avis.

17. Ce n'est pas à dire ni que tous les problèmes suscités par le principe, posé plus que dégagé par la Cour en 1951 soient, un demi-siècle plus

¹⁰⁷ Voir *supra*, n° 15.

¹⁰⁸ Voir *supra*, n° 5.

¹⁰⁹ Qu'il rejoint cependant s'agissant des réserves qui ne sont pas incompatibles avec le but et l'objet du traité : dans ce cas, le sort de la réserve relève entièrement de l'appréciation discrétionnaire des autres États contractants.

¹¹⁰ Voir les pars. 32, 33 et 40 de l'ordonnance concernant l'Espagne et les pars. 24, 25 et 34 de celle relative aux États-Unis. Dans son opinion dissidente, le juge *ad hoc* yougoslave, M. Kreca conteste cette conclusion au prétexte que d'autres réserves (*understandings*) des États-Unis seraient contraires à des dispositions ayant le caractère de *jus cogens* (n° 8 à 10 de l'opinion). Sans critiquer le raisonnement de la Cour, le Juge Oda estime que toutes les affaires introduites par la Yougoslavie auraient dû être rayées du rôle sur un fondement différent (opinion individuelle, pars. 25 à 28).

¹¹¹ « [L]es trois questions présentent un caractère purement abstrait. Elles ne visent ni les réserves qui, en fait, ont été apportées par certains États à la Convention, ni les objections qui ont été faites par d'autres États à ces réserves » (*CIJ Recueil* 1951, 21).

tard, totalement résolues, ni même que la Convention de Vienne de 1969 ait repris intégralement les solutions préconisées par la Haute Juridiction.

Ainsi, la réponse donnée par la Cour à la troisième question que lui avait posée l'Assemblée générale¹¹² n'est pas reprise telle quelle dans la Convention de Vienne. Alors que la Haute Juridiction, s'en tenant au texte même de la question posée, s'était prononcée sur l'effet juridique d'une objection faite par un État signataire, l'article 20, paragraphe 3, de la Convention limite le droit d'objecter à un État contractant, c'est-à-dire à « un État qui a consenti à être lié par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non ».¹¹³

En revanche, il ne paraît pas évident que, comme on l'a écrit,¹¹⁴ les articles 20, paragraphe 4(b)¹¹⁵ et 21, paragraphe 3, de la Convention, adoptés par la Conférence de Vienne,¹¹⁶ soient incompatibles avec l'avis de 1951 : la Cour n'y excluait pas que l'État qui fait une objection à une réserve considère l'auteur de celle-ci comme partie à la convention « . . . au moins lorsqu'il ne tient pas la réserve pour contraire à son objet et à son but ».¹¹⁷ Tout au plus apparaît-il que la présomption résultant de l'avis en faveur de la non-entrée en vigueur du traité entre les deux États a été inversée.¹¹⁸

En outre, il est clair que certains des nombreux problèmes que l'avis de la Cour laissait en suspens restent, aujourd'hui encore, sans réponse claire. La substitution d'un critère « objectif » (mais susceptible d'interprétations divergentes assez « subjectives ») aux systèmes

¹¹² Voir le texte de la question *supra*, note 13 ; et, pour un aperçu de la réponse de la Cour, voir *supra*, n° 7.

¹¹³ Article 2, par. 1(f) de la Convention de Vienne. Il reste que la notion d'État contractant figurait en filigrane dans la réponse de la Cour – pour une analyse un peu différente, voir E. W. Vierdag, « The International Court of Justice and the Law of Treaties » in *Fifty Years of the International Court of Justice – Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, 1999, 149-150. Sur des problèmes analogues, voir A. Pellet, Sixième rapport à la CDI sur les réserves aux traités, A/CN.4/518/Add.1, 2001, pars. 99-114.

¹¹⁴ Voir Vierdag, voir note 113, 147.

¹¹⁵ Voir texte, *supra*, n° 16.

¹¹⁶ Voir *supra*, n° 15.

¹¹⁷ Voir sa réponse à la deuxième question, *CIJ Recueil* 1951, 26-27 ; voir cependant *supra* la citation correspondant à la note 31 ci-dessus, qui semble donner raison à E. W. Vierdag.

¹¹⁸ Voir à ce sujet la position, fataliste, de l'Expert-consultant, Sir Humphrey Waldock, sur l'amendement soviétique lors de la Conférence de Vienne : « le seul problème qui se pose est de formuler la règle dans un sens ou dans l'autre » (Documents officiels de la Conférence, Comptes-rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière, 2^{ème} session, A/CONF/39/15, 10^{ème} séance plénière, par. 74).

mécaniques appliqués alors créait en effet de nombreuses difficultés qui sont loin d'être toutes surmontées. C'est d'ailleurs ce qui a poussé la Commission du Droit international, à inscrire à son ordre du jour le sujet des réserves aux traités, suite à certaines suggestions faites à la Sixième Commission de l'Assemblée générale.¹¹⁹

18. Il n'en reste pas moins qu'avec l'adoption de la Convention de Vienne en 1969 s'est trouvée parachevée une évolution que la Cour avait pressentie dès 1951 et qui, bien mieux que le principe de l'unanimité répond aux besoins d'une communauté internationale composée de près de deux cents États aux intérêts et aux aspirations très divers. Et il n'est sans doute pas exagéré de considérer que l'avis de 1951 a été, très directement, à l'origine de l'extraordinaire bourgeonnement normatif qui a marqué la société internationale durant toute la seconde moitié du vingtième siècle, malgré la guerre froide, malgré les énormes écarts de développement entre les États du monde et malgré l'exacerbation des souverainetés sur certains thèmes cruciaux.

Il n'est pas douteux que les positions de la Cour ont totalement renouvelé l'approche de l'institution, maintenant bien établie, du droit des gens que sont les réserves aux traités. Comme l'a écrit le Juge Lachs dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt de 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du nord* : « Il ne fait guère de doute que la naissance et l'évolution de cette institution ont été étroitement liées au changement intervenu dans le processus d'élaboration des traités multilatéraux, c'est-à-dire au remplacement de la règle de l'unanimité par la règle de la majorité dans les conférences internationales »¹²⁰ et que la Haute Juridiction a su comprendre que la « tendance historique nouvelle vers une coopération et un rapprochement accrus entre les États, visait à permettre au plus grand nombre possible d'États de devenir parties à des traités », tout en préservant, sinon l'intégrité, du moins l'essentiel de leur contenu.¹²¹

Mais l'apport de l'avis de 1951 va au-delà.

D'une part, il reflète une nouvelle approche du droit des traités dans son ensemble. La convention n'y est plus envisagée seulement comme un contrat entre États, mais comme un instrument normatif, substitué à une « législation » universelle dont la forte décentralisation persistante de la société internationale freine les progrès.¹²² Au-delà même, les

¹¹⁹ Voir *supra*, note 69 et le premier rapport d'A. Pellet sur les réserves aux traités, préc. note 91, pars. 1 à 6. Ce rapport s'efforce de recenser les ambiguïtés et les lacunes subsistant en la matière (pars. 91-149).

¹²⁰ La Cour fait allusion à cette évolution dans son avis de 1951 – voir *supra*, n° 11.

¹²¹ *CIJ Recueil* 1969, 223.

¹²² Ici encore, l'avis de 1951 lui-même fait (prudemment) allusion au caractère dépassé de l'approche purement contractuelle – voir *CIJ Recueil* 1951, 21 ; voir aussi la célèbre analyse que fait la Cour de la Convention sur le

règles affirmées par la Cour « may be seen as the marking breakpoint, not only for the law of treaties but more generally, between the Eurocentred public international law of the nineteenth century and today's pluralistic and multicultural system of international law and international relations ». ¹²³

D'autre part, l'avis de 1951 constitue un exemple remarquable sinon d'introduction d'un concept nouveau dans le droit international, du moins d'utilisation radicalement nouvelle d'une notion marginale que l'on peut comparer à la promotion (assurément moins heureuse) de l'idée d'équité dans la délimitation maritime à partir de l'arrêt de 1969. ¹²⁴ S'appuyant sur la contestation dont l'ancienne règle faisait l'objet, ¹²⁵ la Cour s'est substituée au « législateur » défaillant – inexistant à vrai dire . . . – pour promouvoir une approche et des principes nouveaux que son autorité a permis d'imposer, malgré les fortes réticences initiales de la quasi-totalité de la doctrine et de ce qui constituait probablement une majorité d'États ou, en tout cas, une très forte et agissante minorité.

II. Les précisions apportées au droit des réserves

19. Le principe posé, il appartenait à la Commission du Droit international d'en tirer les conséquences, ¹²⁶ ce qu'elle a fait – non sans hésitations – en élaborant son projet d'articles sur le droit des traités qui est, dans l'ensemble, passé dans la Convention de Vienne de 1969. Au surplus, la CDI a remis le sujet sur le métier, en entreprenant, à partir de 1994, l'élaboration d'un Guide de la pratique sur les réserves aux traités. ¹²⁷

De plus, la Cour elle-même, a eu l'occasion, au hasard des affaires qui lui étaient soumises, de compléter l'apport majeur de 1951 en

génocide : « Dans une telle convention, les États contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention » – *ibid.*, 23.

¹²³ Rosenne, voir note 6, 434.

¹²⁴ Voir sur ce point Oda, note 4, 133, 133-134.

¹²⁵ Cf. Horn, voir note 24, 21 : « The *Reservations to the Genocide Convention* case provides an illuminating example of how concrete conflicts may put traditional rules to the test and eventually bring their downfall, thereby preparing the ground for the rise of a new generation of rules ».

¹²⁶ L'auteur de ces lignes ne pense pas que la Commission doive, dans tous les cas, faire preuve de « suivisme » à l'égard de la CIJ. Il n'en reste pas moins qu'elle doit y réfléchir à deux fois avant d'écarter une solution retenue par l'organe judiciaire principal des Nations Unies.

¹²⁷ Voir *supra*, note 69.

précisant certaines règles applicables aux réserves. Ces précisions par petites touches concernent la définition des réserves (au moins « en creux », *a contrario*) et leur régime juridique.

1. La définition des réserves

20. Dans son avis de 1951, la Cour ne s'était pas interrogée sur la définition des réserves,¹²⁸ qu'elle semblait tenir pour acquise – ce qui est probablement une vision optimiste des choses si l'on se réfère par exemple à l'affirmation du Juge Zoričić dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de 1952 dans l'affaire *Ambatielos*.¹²⁹

Depuis lors, les réserves ont été définies, de façon satisfaisante, par l'article 2, paragraphe 1(d), de la Convention de Vienne de 1969, repris, sans changement de fond, dans celles de 1978 (sur la succession d'États en matière de traités) et de 1986 (sur les traités conclus par les organisations internationales) ainsi que dans le projet de directive 1.1 du Guide de la pratique de la CDI.¹³⁰ La Cour elle-même ne s'y est jamais référée expressément. Toutefois, dans leur opinion dissidente commune sous les affaires des *Essais nucléaires*, les Juges Onyeama, Dillard, Jimenez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock se sont fondés sur la définition de Vienne pour dégager « la nature essentielle des réserves ».¹³¹

Au surplus, dans son arrêt du 20 décembre 1988 dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières* entre le Nicaragua et le Honduras, la Haute Juridiction a confirmé la portée générale de l'un des éléments-clés de la définition des réserves par les Conventions de Vienne qui gouverne également leur régime juridique.¹³² Elle y a estimé, à propos des réserves autorisées par l'article LV du Pacte de Bogotà pour le règlement pacifique des différends que :

¹²⁸ Voir le commentaire de l'avis par M. Brandon in *Canadian Bar Review* 1951, 428-435, dont l'essentiel est consacré à regretter que la demande d'avis ne porte pas sur la définition des réserves.

¹²⁹ *CIJ Recueil* 1952, 76 : « Une réserve est une stipulation convenue entre les parties à un traité en vue de restreindre l'application d'une ou de plusieurs de ces dispositions ou d'en expliquer le sens . . . ».

¹³⁰ Voir le *Rapport de la Commission du Droit international sur les travaux de sa 50^{ème} session*, 1998, Assemblée générale, documents officiels, 53^{ème} session, Suppl. n° 10, A/53/10, 213-216.

¹³¹ *CIJ Recueil* 1974, 349. Voir aussi l'opinion dissidente du Juge Lachs dans les affaires du *Plateau continental de la mer du nord*, qui s'appuie sur la définition figurant dans le projet d'articles sur le droit des traités de 1966, *CIJ Recueil* 1969, 224.

¹³² Voir les articles 19 et 23, par. 2, de la Convention de Vienne de 1969.

« En l'absence de dispositions procédurales spéciales, ces réserves peuvent, conformément aux règles du droit international général applicable en la matière, telles que codifiées par la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, être formulées seulement au moment de la signature ou de la ratification du pacte ainsi que de l'adhésion à cet instrument ». ¹³³

21. Par ailleurs, dans quelques arrêts, la Cour a donné des précisions utiles pour distinguer les réserves d'autres institutions juridiques avec lesquelles il arrive de les confondre.

Ainsi, dans l'arrêt *Ambatielos* (rendu un an après l'avis sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*), la Cour a défini la déclaration jointe par le Royaume-Uni à son instrument de ratification du traité (bilatéral) de commerce et de navigation conclu avec la Grèce en 1926 comme une déclaration interprétative, acceptée par les deux parties ¹³⁴ – mais non comme une réserve. La distinction est importante car la Convention de Vienne ne comporte aucune définition des déclarations interprétatives que l'on assimile souvent (et à tort) avec des réserves. ¹³⁵

Dans l'affaire précitée relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, la Cour a fait application de la distinction et considéré que la réserve des États-Unis à l'article XXXI du Pacte de Bogotà constituait bien une réserve et non une simple déclaration interprétative car elle « modifiait la situation de droit créée par cet article », résultat qui ne pouvait être atteint par la simple interprétation de cette disposition. ¹³⁶

De même, la jurisprudence de la Cour confirme que l'on ne saurait, malgré une confusion souvent commise, ¹³⁷ assimiler une « réserve » à

¹³³ *CIJ Recueil* 1988, 85, par. 35 ; dans le même sens, voir l'opinion individuelle du Juge Shahabuddeen, *ibid.*, 139 et l'opinion dissidente du Juge *ad hoc* Barwick dans les affaires des *Essais nucléaires*, *CIJ Recueil* 1974, 417-418. Sur cet aspect de la définition des réserves, voir les projets de directives 1.1 et 1.1.2 du Guide de la pratique, adoptés par la CDI en 1998 et les commentaires correspondants in *Rapport préc.* note 130, 213-216 et 221-224 et A. Pellet, Troisième et Sixième rapports sur les réserves aux traités, A/CN.4/Add.3, 1998, pars. 135-146 et A/CN.4/Add.3, 2001, pars. 230-264.

¹³⁴ Arrêt du 1^{er} juillet 1952, 43-44.

¹³⁵ Sur la définition des déclarations interprétatives, voir le projet de directive 1.2 du Guide de la pratique en matière de réserves adopté par la CDI en 1999 (*Rapport de la Commission du Droit international sur les travaux de sa 51^{ème} session*, 1999, Assemblée générale, documents officiels, 54^{ème} session, Suppl. n° 10, A/54/10, 180-194) et A. Pellet, Troisième rapport sur les réserves aux traités, 1998, A/CN.4/491/Add.4, pars. 236-414.

¹³⁶ *CIJ Recueil* 1988, 86-87, pars. 38-39.

¹³⁷ Voir par exemple T. Hauchmann Tcherniak, « La question des réserves devant la Cour internationale de Justice », *RDI* (1957), 425-428.

une déclaration facultative d'acceptation de sa juridiction obligatoire à une réserve à un traité.¹³⁸ Contrairement à celle-ci, la déclaration de l'article 36, paragraphe 2, qu'elle soit ou non assortie de restrictions ou de conditions, produit ses effets « de plein droit et sans convention spéciale ». ¹³⁹ On peut, dès lors, s'étonner que, dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour ait estimé que les règles relatives à l'interprétation des traités pouvaient être appliquées par analogie à celle des déclarations facultatives (et des « réserves » qu'elles contiennent).¹⁴⁰ Comme l'a écrit le Juge Oda à leur propos, « the analogy with treaty law is misleading ». ¹⁴¹

2. Le régime juridique des réserves

22. Dans quelques arrêts épars, la Cour a également eu l'occasion de confirmer et de préciser certains aspects du régime juridique des réserves dont elle avait posé le fondement dans son avis de 1951 et qu'elle a mis en œuvre laconiquement dans deux de ses ordonnances du 2 juin 1999 dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*.¹⁴²

¹³⁸ Sur ce point, voir le projet de directive 1.4.6, second alinéa, du Guide de la pratique en matière de réserves adopté par la CDI en 2000 (*Rapport de la Commission du Droit international sur les travaux de sa 52^{ème} session*, 2000, Assemblée générale, documents officiels, 55^{ème} session, Suppl. n° 10, A/55/10, 221-229) : « Une restriction ou condition figurant dans [une déclaration unilatérale faite en vertu d'une clause facultative] ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

¹³⁹ Cf. l'article 36, par. 2, du Statut. Voir CIJ, arrêts du 12 avril 1960, *Droit de passage en territoire indien (exceptions préliminaires)*, CIJ Recueil 1957, 146, du 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (exceptions préliminaires)*, CIJ Recueil 1998, 291, par. 25 et du 4 décembre 1998, *Compétence en matière de pêcheries (compétence)*, CIJ Recueil 1998, 453, par. 45. Voir aussi l'opinion dissidente du Juge *ad hoc* Barwick dans les affaires des *Essais nucléaires*, CIJ Recueil 1974, 417-419.

¹⁴⁰ CIJ Recueil 1984, 420, par. 63 ; il est vrai que, depuis lors, la Cour a précisé « que les dispositions de la convention de Vienne peuvent s'appliquer *seulement* [italiques ajoutées] par analogie dans la mesure où elles sont compatibles avec le caractère *sui generis* de l'acceptation unilatérale de la juridiction de la Cour » (arrêt préc. du 4 décembre 1998, *ibid.* ; voir aussi l'arrêt du 11 juin 1998, CIJ Recueil 1998, 293, par. 30).

¹⁴¹ « Reservations in the Declarations of Acceptance of the Optional Clause and the Period of Validity of Those Declarations : The Shulz Letter », *BYIL* 1998, 18. Voir aussi, dans le même sens, E. Jimenez de Aréchaga, « General Course in Public International Law », *RdC* 159 (1978-I), 154 ou Vierdag, voir note 113, 156.

¹⁴² Voir *supra*, n° 16 et note 110.

Bien que la solution retenue au fond eût quelque peu éclipsé son apport en matière de droit des réserves, l'arrêt rendu par la Cour le 20 février 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du nord* constitue certainement, après l'avis de 1969, la décision de la CIJ la plus marquante en la matière. La Haute Juridiction y apporte des précisions d'une extrême importance, mais souvent mal interprétées, sur l'objet que peut poursuivre une réserve et l'incidence de la formulation de réserves sur l'interprétation et l'évolution du droit international coutumier.

Il n'est pas nécessaire de rappeler les faits de cette cause célébrissime. Il suffit de noter qu'à un stade tardif de son raisonnement, la Cour trouve « une confirmation significative »¹⁴³ de son raisonnement quant à l'absence de valeur coutumière des règles figurant à l'article 6 de la Convention sur le plateau continental de 1958 dans le fait que cette disposition « est l'un des articles à l'égard desquels tout État peut formuler des réserves au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, en vertu de l'article de la Convention relatif aux réserves (article 12) ».¹⁴⁴ Dans un passage souvent cité, la Cour, faisant indirectement allusion à son avis de 1951, précise :

« Il 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 avantage ».¹⁴⁵

On a souvent déduit de ce *dictum* qu'une réserve ne pourrait porter sur une disposition conventionnelle codifiant une règle de nature coutumière.¹⁴⁶ Bien que la rédaction retenue par la Cour ne soit sans doute pas des plus heureuses, cette conclusion n'apparaît pas exacte si l'on replace ce passage dans son contexte.

En effet, la Cour poursuit en se montrant prudente quant aux déductions qu'appelle l'exclusion de certaines réserves : « il paraît probable que si, pour une raison quelconque l'on consacre ou l'on

¹⁴³ *CIJ Recueil* 1969, 38, par. 63.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, 38-39, par. 63.

¹⁴⁶ Ce que faisait déjà le Juge Morelli dans son opinion dissidente, *ibid.*, 197-198. Voir aussi les nombreux commentaires cités par Imbert, voir note 5, 244, note 20.

entend traduire des règles ou des obligations de cet ordre dans certaines dispositions d'une convention, ces dispositions figureront parmi celles au sujet desquelles le droit de formuler des réserves unilatérales n'est pas accordé ou est exclu». ¹⁴⁷ Puisque, la faculté de formuler des réserves à l'article 6, contrairement aux articles 1 à 3, n'est pas exclue par l'article 12, il semble « normal » d'en conclure qu'il n'a pas été considéré comme déclaratoire « de règles de droit préexistantes ou en voie de formation ». ¹⁴⁸ Et la Cour de répéter :

« puisque la faculté de formuler des réserves n'a pas été exclue à son sujet, comme elle l'a été pour les articles 1 à 3, il est légitime d'en déduire qu'on lui a attribué une valeur différente et moins fondamentale et que, contrairement à ces articles, il ne traduisait pas le droit coutumier préexistant ou en voie de formation ». ¹⁴⁹

Il n'est donc « pas vrai que la Cour affirme l'inadmissibilité des réserves à l'égard des règles de droit coutumier » ¹⁵⁰ ; elle constate seulement que, dans le cas d'espèce, le traitement différent réservé par les auteurs de la Convention aux articles 1 à 3 d'une part et 6 d'autre part, donne à penser qu'ils ne considéraient pas ce dernier comme codifiant une règle coutumière, ce qui confirme la conclusion à laquelle la Cour était arrivée par ailleurs.

Du reste, l'arrêt lui-même indique, dans un *dictum* généralement négligé, « 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 continental . . . ». ¹⁵¹ Le Juge dissident Morelli ne dit pas autre chose lorsqu'il écrit : « Bien entendu la faculté de formuler la réserve ne touche qu'à l'obligation contractuelle découlant de la Convention [. . .] ¹⁵². Il va sans dire que la

¹⁴⁷ *CIJ Recueil* 1969, 39, par. 63 (italiques ajoutées).

¹⁴⁸ *Ibid.*, 39, par. 64.

¹⁴⁹ *Ibid.*, 40, par. 66 ; dans le même sens, voir l'opinion individuelle du Juge Padilla Nervo, *ibid.*, 89 ; *contra* : opinion dissidente du Juge Koretsky, 163.

¹⁵⁰ Imbert, voir note 5, 244. Dans son opinion dissidente, le Juge Tanaka prend une position contraire en ce qui concerne « l'obligation de chercher une solution par voie d'accord, car cette obligation découle du droit international général et elle continue de s'imposer même si l'article 12 de la Convention n'exclut pas expressément les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 du nombre des dispositions qui peuvent faire l'objet de réserves » (*CIJ Recueil* 1969, 182) ; c'est confondre la question de la faculté de faire une réserve avec celle de ses effets lorsque la disposition sur laquelle porte une réserve présente un caractère coutumier, voire même impératif (le Juge Tanaka estime que le principe de l'équidistance « doit être reconnu comme *jus cogens* » - *ibid.*).

¹⁵¹ *CIJ Recueil* 1969, 40, par. 65.

¹⁵² La phrase suivante est plus sibylline : « cette obligation, c'est-à-dire l'obligation vis-à-vis des autres contractants de considérer la règle dont il

réserve n'a rien à faire avec la règle coutumière en tant que telle. Si cette règle existe, elle existe aussi pour l'État qui a formulé la réserve, de la même façon qu'elle existe pour les États qui n'ont pas ratifié ». ¹⁵³

23. L'arrêt de 1969 envisage également les relations entre réserves et droit coutumier sous un angle différent.

Selon la Cour :

« . . . si la faculté d'apporter des réserves à l'article 6 ne suffit peut-être pas à empêcher le principe de l'équidistance de s'intégrer finalement au droit général, elle fait du moins qu'il est beaucoup plus difficile de soutenir que ce résultat a été ou pourrait être atteint sur la base de la Convention : tant que cette faculté demeure . . . , il semble que ce soit la Convention elle-même qui . . . prive les dispositions de l'article 6 du caractère normatif [lui permettant de 'constituer la base d'une règle générale de droit'] qu'ont par exemple les dispositions des articles 1 et 2 ». ¹⁵⁴

En d'autres termes, il semble que la Cour considère qu'il est exclu que l'article 6 puisse constituer le fondement, ou le point de départ, de la cristallisation coutumière de la règle qu'il édicte au prétexte qu'il est susceptible de réserves. ¹⁵⁵

Cette position a été très critiquée, notamment par le professeur Imbert, qui y voit « une erreur », car sous ce second aspect, il ne faut « plus considérer la possibilité de faire des réserves, mais les réserves effectives ; ce sont elles qui peuvent empêcher une convention de donner naissance à une règle de droit coutumier. . . . [L]e fait que les réserves soient autorisées peut n'avoir plus aucune importance si les États n'ont pas formulé de réserves ou uniquement des réserves secondaires. Les auteurs de la convention peuvent avoir permis les réserves parce que le droit en la matière n'était pas bien établi ; mais il peut le devenir par la suite et l'on ne voit pas pourquoi la simple faculté d'émettre des réserves à un article empêcherait le principe qu'il contient de s'intégrer au droit général ». ¹⁵⁶ On serait même tenté d'ajouter : « bien au contraire, si le traité est largement ratifié sans aucune réserve, alors que des réserves à la disposition en question sont possibles, la présomption en faveur de la

s'agit comme règle coutumière, est exclue pour l'État qui formule la réserve » (*ibid.*, 198).

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, 42, par. 72.

¹⁵⁵ Dans le même sens, voir l'opinion individuelle du Juge Padilla Nervo, *ibid.*, 89.

¹⁵⁶ Voir note 5, 248.

'coutumiérisation' de la règle devient plus forte et l'on peut considérer cette abstention au moins comme un élément formateur d'une coutume ». Le Juge Lachs, qui donne plusieurs exemples probants, constate même « que les réserves apportées à diverses conventions normatives ou de codifications importantes n'ont pas empêché leurs dispositions d'être généralement acceptées comme étant le droit ».¹⁵⁷

Sans doute, comme la Cour le remarque ailleurs¹⁵⁸ : « si la République fédérale avait ratifié la Convention de Genève, elle aurait pu formuler une réserve à l'égard de l'article 6, en usant de la faculté offerte par l'article 12 et elle pourrait encore le faire aujourd'hui si elle ratifiait la Convention ». Mais ceci est compatible avec les conclusions ci-dessus : la règle sur laquelle porte une réserve conserve la nature juridique qui est la sienne au moment de la formulation de la réserve ; si elle a acquis, après l'adoption de la convention une nature coutumière, elle est, à ce titre, opposable à l'État réservataire, même s'il n'est pas lié par elle en vertu de la convention.¹⁵⁹

24. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la Cour aurait pu trancher un autre problème, assez anecdotique il est vrai, et préciser ainsi un autre aspect du régime juridique des réserves. La France prétendait que les « réserves »¹⁶⁰ dont elle avait assorti sa déclaration facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour de 1966 avaient remplacé les obligations souscrites par elle en vertu de l'Acte général d'arbitrage de 1928.

La Cour, qui s'est placée sur un terrain entièrement différent (et fort discutable) pour trancher les différends qui lui étaient soumis, ne s'est pas prononcée sur cet argument que l'on a qualifié, non sans raison d'« *untenable* ».¹⁶¹ Mais il est réfuté par certains juges dissidents.

Ainsi, dans leur opinion dissidente commune, les Juges Onyeama, Dillard, Jimenez de Aréchaga et Sir Humphrey Waldock, après avoir rappelé « [l]e caractère distinct et indépendant des deux sources de la compétence de la Cour, à savoir les traités et les déclarations unilatérales faites en vertu de la clause facultative », ¹⁶² ont constaté que « les auteurs

¹⁵⁷ Opinion dissidente préc. note 131, 224 ; dans son opinion dissidente, le Juge Koretsky estime que les réserves apportées à l'article 6 de la Convention de 1958 ne marquent pas « une opposition générale aux principes et aux règles énoncées dans cette disposition » (*CIJ Recueil* 1969, 163) ; dans le même sens, voir l'opinion dissidente du Juge *ad hoc* Sørensen (*ibid.*, 253).

¹⁵⁸ *CIJ Recueil* 1969, 26, par. 29.

¹⁵⁹ Ce qui peut avoir des effets concrets, notamment si la convention en question prévoit des modes obligatoires de règlement des différends.

¹⁶⁰ Sur la nature juridique de ces réserves, voir *supra*, n° 21.

¹⁶¹ Jimenez de Aréchaga, cours préc. note 141, 155.

¹⁶² *CIJ Recueil* 1974, 348, par. 81.

de l'Acte de 1928 ont délibérément différencié le régime auquel sont soumises les réserves de celui de la clause facultative ». ¹⁶³ « Par suite, si l'on admettait que les réserves faites par un État dans le cadre du système incontrôlé et extrêmement souple de la clause facultative peuvent automatiquement modifier les conditions auxquelles cet État a accepté la compétence en vertu de l'Acte de 1928, on prendrait le contre-pied du système rigoureux délibérément établi dans l'Acte pour les réserves ». ¹⁶⁴ Ils ajoutent :

« . . . en 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 réserves ». ¹⁶⁵

Curieusement, le problème, tout de même fort artificiel, soulevé par la France en 1974, a surgi à nouveau en 1988 dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières* entre le Nicaragua et le Honduras. Ce dernier pays soutenait « que, pour un État partie au pacte [de Bogotá sur le règlement pacifique des différends] qui a fait une déclaration en application du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, l'étendue de la compétence de la Cour en vertu de l'article XXXI du pacte est déterminée par cette déclaration et, le cas échéant, par toute réserve y figurant ». ¹⁶⁶ Reprenant, sous une forme un peu différente, l'argumentation des juges dissidents de 1974, la Cour écarte cette prétention et conclut qu'il ressort des dispositions du Pacte que l'engagement figurant à l'article XXXI, par lequel les États parties reconnaissent sa compétence, « ne peut être limité que par la voie des réserves au pacte lui-même ». ¹⁶⁷

De manière plus allusive, tel semble bien être aussi le raisonnement de la Cour en réponse à l'argumentation de la Roumanie qui, dans l'affaire de l'*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la*

¹⁶³ *Ibid.*, 349, par. 83.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, 350, par. 83 ; dans le même sens, voir l'opinion dissidente très argumentée du Juge *ad hoc* Barwick, *ibid.*, 416-420.

¹⁶⁶ Arrêt du 20 décembre 1988, 83, par. 31.

¹⁶⁷ *Ibid.*, 85, par. 36 ; voir aussi l'argumentation, plus compliquée, développée dans l'opinion individuelle du Juge Shahabuddeen, *ibid.*, 139-140.

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, prétendait s'opposer à la demande d'avis au prétexte de la réserve qu'elle avait apportée à la section 30 de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies prévoyant la compétence de la CIJ en cas de contestation sur l'interprétation ou l'application de la Convention.¹⁶⁸ Après avoir constaté que « [l]a requête n'est pas présentée en vertu de la section 30 », ¹⁶⁹ « [l]a Cour conclut que la réserve faite par la Roumanie à la section 30 de la convention générale est sans incidence sur la compétence de la Cour pour connaître de la présente requête ». ¹⁷⁰ Toute autre conclusion reviendrait à admettre que la réserve de la Roumanie à la convention aurait pu affecter l'application de l'article 96 de la Charte elle-même ; « une telle incidence est impossible ». ¹⁷¹

25. La jurisprudence de la Cour internationale de Justice clarifie un dernier point en ce qui concerne les règles juridiques applicables aux réserves aux traités. Dans l'affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, la Haute Juridiction s'interroge en effet sur l'interprétation des réserves figurant dans l'acte d'adhésion de la Grèce à l'Acte général d'arbitrage de 1928.

Dans son arrêt du 19 décembre 1978, la Cour adopte une démarche très classique. Dans un premier temps ¹⁷² elle examine l'interprétation grammaticale donnée par la Grèce à la réserve litigieuse et constate qu'elle aboutit « à un résultat quelque peu surprenant d'un point de vue juridique » et qui ne s'imposerait qu'en présence d'arguments « sans réplique et décisifs », ¹⁷³ ce qui n'est pas le cas. « De toute manière », et c'est le second temps du raisonnement, « 'la Cour ne saurait se fonder sur une interprétation purement grammaticale du texte' (*Anglo-Iranian Oil Co., CIJ Recueil 1952, p. 104*) ». ¹⁷⁴ Elle estime notamment – et ce sont autant de précisions utiles en matière de réserves – que :

- « Quand un traité multilatéral prévoit . . . que seules seront admises des réserves de catégories déterminées spécialement désignées, il existe évidemment une forte probabilité, si ce n'est une véritable présomption, pour que les réserves exprimées dans des termes repris du traité soient destinées à s'appliquer aux catégories correspondantes visées par celui-ci » ¹⁷⁵ ;

¹⁶⁸ Voir l'avis consultatif du 15 décembre 1989, *CIJ Recueil 1989, 188*, par. 32.

¹⁶⁹ *Ibid.*, 189, par. 34.

¹⁷⁰ *Ibid.*, 189, par. 36.

¹⁷¹ Opinion individuelle du Juge Shahabuddeen, *ibid.*, 215.

¹⁷² On ne peut tirer de conséquence générale de cette priorité : la Cour procède en suivant l'argumentation de la Grèce.

¹⁷³ *CIJ Recueil 1978, 22*, par. 52.

¹⁷⁴ *Ibid.* 23, par. 55.

¹⁷⁵ *Ibid.*

- la réserve doit être interprétée à la lumière de la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire faite par la Grèce à la même époque¹⁷⁶ et confirmée, sous la même forme, ultérieurement, ce qui s'apparente à la prise en compte du « contexte » (*lato sensu*) dans lequel la réserve est intervenue ;
- les travaux préparatoires de la réserve en question confirment l'interprétation à laquelle la Cour aboutit par ailleurs.¹⁷⁷

Il est difficile de tirer d'un unique précédent des règles générales relatives à l'interprétation des réserves aux traités. Il reste que l'on ne peut qu'être frappé par les analogies existant entre le mode d'interprétation retenu par la Cour dans cette affaire et la « règle générale d'interprétation » énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 et complétée à l'article 32. Il paraît, en effet, légitime de se tourner vers les règles d'interprétation des traités pour dégager le sens d'une réserve qui, bien qu'elle soit un acte unilatéral distinct du traité sur lequel elle porte, n'en est pas moins indissociable de celui-ci.¹⁷⁸

26. L'étude des positions de la Cour internationale de Justice sur les règles applicables aux réserves aux traités est particulièrement éclairante non seulement sur le rôle que peut jouer la Haute Juridiction dans l'évolution du droit international, mais aussi, plus généralement, sur les mécanismes grâce auxquels cette évolution peut avoir lieu. Elle montre à quel point l'influence de la Cour peut être décisive dans le processus d'adaptation du droit aux circonstances changeantes des relations internationales. Face à un système traditionnel inadapté, la majorité de la Cour n'a pas hésité à délaisser l'approche purement positiviste qui aurait conduit à un blocage stérile pour lui substituer des règles entièrement nouvelles qu'une partie des États composant la société internationale appelait de ses vœux mais qui ne se justifiaient que parce qu'elle étaient socialement nécessaires.

¹⁷⁶ *Ibid.*, 23-24, par. 57.

¹⁷⁷ *Ibid.*, 26-28, pars. 63-68.

¹⁷⁸ Voir A. Pellet, *Rapport préc.* note 135, pars. 404-414. En ce sens : Cour interaméricaine des Droits de l'homme, avis consultatif du 8 septembre 1983, OC-3, *Restrictions à la peine de mort*, pars. 62 à 64, 84-85. Dans son commentaire du projet de directive 1.3.1 du Guide de la pratique en matière de réserves (« Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives »), la CDI a cependant mis en garde contre une transposition pure et simple des règles d'interprétation des traités (*Rapport sur la 51^{ème} session*, préc. note 135, 207, par. 5 du commentaire).

Il reste cependant que la Cour n'est pas un législateur. Et c'est à juste titre que, malgré son appréciation globalement positive de l'avis de 1951,¹⁷⁹ Sir Hersch Lauterpacht relève que « [t]he Opinion . . . while possibly containing the elements of a more workable solution than that which was obtained in the past, left in abeyance this complex aspect of the law of treaties ».¹⁸⁰ Mais l'éminent auteur de relativiser aussitôt cette critique : « Judicial legislation is not – and ought not to be – like legislative codification by statute. It cannot attempt to lay down all the details of the application of the principle on which it is based. It lays down the broad principle and applies it to the case before it. Its elaboration must be left, in addition to any doctrinal elucidation of the law by the writers, to ordinary legislative processes or to future judicial decisions disposing of problems as they arise ».¹⁸¹

C'est ce qui s'est produit. À deux reprises, la Commission du Droit international, lorsqu'elle a préparé son projet d'articles sur le droit des traités, puis, plus récemment, en s'attelant à la rédaction d'un Guide de la pratique en matière des réserves, s'est employée à codifier et à développer le critère de la compatibilité, qualifié par le Juge Oda de « guiding principle in the matter of reservations attached to multilateral treaties », ¹⁸² posé par la Cour qui, de son côté, a eu l'occasion, au hasard des affaires qui lui étaient soumises, d'en préciser certaines conséquences. Ces mécanismes sont longs et sinueux, ils n'en permettent pas moins au droit international de progresser.

¹⁷⁹ Voir *supra*, n° 10 et 12.

¹⁸⁰ Voir note 55, 189.

¹⁸¹ *Ibid.*, 189-190.

¹⁸² S. Oda, voir note 4, 94.

LIBER AMICORUM
JUDGE SHIGERU ODA

edited by

NISUKE ANDO
EDWARD MCWHINNEY
RÜDIGER WOLFRUM

BETSY BAKER RÖBEN
Assistant General Editor

Volume 1



KLUWER LAW INTERNATIONAL
THE HAGUE / LONDON / NEW YORK