

CONVENTION DE VIENNE DE 1969

Section 2. – *Réserves*

ARTICLE 19

FORMULATION DES RÉSERVES

«Un Etat, 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 des cas autres que ceux qui sont visés aux alinéas *a* et *b*, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité.»

Bibliographie: *Bibliographie générale sur les réserves* (1): S. ÅKERMARK SPILIOPOULOU, «Reservations Clauses in Treaties Concluded within the Council of Europe», *I.C.L.Q.* 1999, pp. 479-514 et «Reservations: Breaking New Grounds in the Council of Europe», *European Law Rev.* 1999, pp. 499-515; W.W. BISHOP, «Reservations to Treaties», *R.C.A.D.I.*, 1961-II, tome 103, pp. 245-341; J. BONET PEREZ, *Las reservas a los tratados internacionales*, Barcelona, JB ed., 1996; D.W. BOWETT, «Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties», *B.Y.B.I.L.*, 1976-77, pp. 67-92; G.A.L. DROZ, «Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé», *R.C.A.D.I.*, 1969, tome 58, pp. 381-424; R.W. EDWARDS, Jr., «Reservations to Treaties», *Michigan J.L. I.L.*, 1989, pp. 362-405; Sir G. FITZMAURICE, «Reservations to Multilateral

(1) Bibliographie extrêmement abondante. Seules figurent ici les études les plus importantes ou les plus récentes à l'exclusion, sauf exceptions, de celles portant sur les réserves à un traité spécifique ou sur la pratique de certains Etats en matière de réserves. Pour les références se rapportant plus spécialement à certains aspects particuliers, voy. les bibliographies figurant en tête des commentaires des articles 20 à 23. Les études les plus importantes consacrées aux déclarations interprétatives sont également mentionnées.

Conventions», *I.C.L.Q.*, 1953, pp. 1-26; G. GAJA, «Unruly Treaty Reservations», in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*. Milan, Giuffrè, vol. I, 1987, pp. 307-330; J.K. GAMBLE, Jr., «Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice», *A.J.I.L.* 1980, pp. 372-394; D.W. GREIG, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», *Australian Y.B.I.L.*, 1995, pp. 21-172; P. HILPOLD, «Das Vorbehaltsregime der Wiener Vertragsrechtskonvention», *Archiv des Völkerrechts*, 1996, pp. 376-425; K. HOLLOWAY, *Les réserves dans les traités internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1958; F. HORN, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*. La Haye, T.M.C. Asser Instituut, 1988; P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux. Evolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de Justice le 28 mai 1951*, Paris, Pedone, 1979; D. KAPPELER, *Les réserves dans les traités internationaux*, Bâle, Verlag für Recht und Gesellschaft, 1958; J.K. KOH, «Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision», *Harvard L. L. J.*, 1982, pp. 71-116; F. MAJORS, «Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les conventions de La Haye», *J.D.I. (Clunet)*, 1974, pp. 73-100; H.W. MALKIN, «Reservations to Multilateral Conventions», *B.Y.B.I.L.*, 1926, pp. 141-162; D.M. McRAE, «The Legal Effect of Interpretative Declarations», *B.Y.B.I.L.*, 1978, pp. 155-173; J. NISOT, «Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969», *R.G.D.I.P.*, 1973, pp. 200-206; M. OWEN, «Reservations to Multilateral Treaties», *Yale Law J.*, 1928-1929, pp. 1086-1114; A. PELLET, «La C.I.J. et les réserves aux traités - Remarques cursives sur une révolution inachevée», *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*. La Haye, Kluwer, 2002, pp. 481-514 et «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer», in *La mer et son droit - Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Pedone, Paris, 2003, pp. 501-520; C. REDGWELL, «Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties», *B.Y.B.I.L.* 1993, pp. 245-282; R. RIQUELME CORTADO, *La reservas a los tratados. Formulación y ambigüedades del regimen de Viena*, Murcia, Universidad de Murcia, 2004; J.M. RUDA, «Reservations to Treaties», *R.C.A.D.I.*, 1975-III, tome 146, pp. 95-218; R. SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milan, Giuffrè, 1996; R. SZAFARZ, «Reservations to Multilateral Treaties», *Polish Y.B.I.L.*, 1970, pp. 239-316; L. SUCHARIPA-BEHRMANN, «The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», *Austrian Rev. I.E.L.* 1996, pp. 67-88; J. SZTUCKI, «Some Questions Arising from Reservations to the Vienna Convention on the Law of Treaties», *G.Y.B.I.L.*, 1977, pp. 277-305; T. TREVES (ed.), «Six Studies on Reservations», *Comunicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, pp. 3-174; K. ZEMANEK, «Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», in *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp. 323-336. Voy. aussi la Bibliographie concernant les réserves aux traités, 1996, mise à jour en 1999, A/CN.4/478/Rev.1 (A.C.D.I.), 1999, vol. II, 1^{ère} partie).
Etudes générales sur les réserves aux traités de droits de l'homme: E.A. BAYLIS, «General Comment 24 - Confronting the Problem of Reservations to Human

Rights Treaties», *Berkeley J.L.*, 1999, pp. 277-329; R. BARATTA, «Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?», *E.J.I.L.*, 2000, pp. 413-425; M. COCCIA, «Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights», *California Western I.L. J.*, 1985, pp. 1-51; G. COHEN-JONATHAN, «Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme: nouveaux aspects européens et internationaux», *R.G.D.I.P.*, 1996, pp. 915-949; J.P. GARDNER (ed.) - CHINKIN and others, *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out - Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, B.I.I.C.L., 1997; Th. GIEGERICH, «Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien. Ein konstitutioneller Ansatz», *ZaöRV*, 1995, pp. 713-778; H. GOISONG, «Les réserves aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme», Colloque de Louvain, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 23-42; R. GOODMAN, «Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent», *A.J.I.L.*, 2002, pp. 559 et suiv.; B. GRAEFFRATH, «Vorbehalte zu Menschenrechtsverträgen, Neue Projekte und alte Streitfragen», *Humanitäres Völkerrecht*, 1996, pp. 68-75; P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», Actes du 5^{ème} colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Paris, Pedone, 1982, pp. 97-140; «Reservations and Human Rights Conventions», *Human Rights Review*, 1981, pp. 28-60; K. KORKKELIA, «New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights», *E.J.I.L.*, 2002, pp. 437-477; L. LIJNZAAD, *Reservations to U.N. Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, Dordrecht, T.M.C. Asser Instituut, Nijhoff, 1994; M. RAMA-MONTALDO, «Human Rights Conventions and Reservations to Treaties», in *Hector Gros Espiell Amicorum Liber - Personne humaine et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1997, vol. II, pp. 1261-1277; C.J. REDGWELL, «Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24(52)», *I.C.L.Q.*, 1997, pp. 390-412; W. SCHABAS, «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», *Ann. canadien D.I.*, 1994, pp. 39-81; D. SHELTON, «State Practice on Reservations to Human Rights Treaties», *Canadian H.R. Yb.*, 1983, pp. 205-234; B. SIMMA, «Reservations to Human Rights Treaties - Some Recent Developments», in G. HAFNER, G. LOIBL, A. REST, L. SUCHARIPA-BEHRMANN, K. ZEMANEK (eds.), *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern - in Honour of His 80th Birthday*, La Haye, Kluwer, 1998, pp. 659-682; Y. TYAGI, «The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties», *B.Y.B.I.L.*, 2000, pp. 181-258; K. ZEMANEK, «Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», in *Etudes de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff, 1984, pp. 323-336.
Plus spécialement sur l'article 19: I. BUFFARD et K. ZEMANEK, «The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?», *Austrian Rev. I.E.L.*, 1998, pp. 311-343; A. SASSI, «General Reservations to Multilateral Treaties», in T. TREVES (ed.), «Six Studies on Reservations», *Comunicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, pp. 91-110; Ch. TOMUSCHAT, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Mul-

tilateral Treaties. Comments on Article 16 and 17 of the International Law Commission's Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaôRV*, 1967, pp. 463-482.

SOMMAIRE

- I. - LE DROIT DES RÉSERVES DANS LA CONVENTION DE VIENNE - PRÉSENTATION GÉNÉRALE
1. - *L'histoire mouvementée des dispositions relatives aux réserves dans la Convention*
 - a) *Le «phénomène réservataire»*
 - b) *Le système traditionnel de l'unanimité et sa remise en cause*
 - c) *La consécration du «système flexible» par la Convention de Vienne*
 2. - *Un régime juridique controversé*
 - a) *Pour ou contre les réserves? Universalité contre intégrité du traité*
 - b) *Unité ou diversité du régime des réserves? La question des réserves aux traités des droits de l'homme*
 - c) *Les lacunes et ambiguïtés du «régime de Vienne»*
 3. - *Statut coutumier et nouveaux travaux de la C.D.I.*
 - a) *Le statut coutumier du «régime de Vienne»*
 - b) *Le Guide de la pratique de la C.D.I.*
- II. - LES RÉSERVES INTERDITES
1. - *La portée des clauses interdisant les réserves*
 - a) *L'interdiction expresse des réserves*
 - b) *L'interdiction implicite des réserves*
 2. - *L'effet de la formulation d'une réserve interdite par le traité*
- III. - LES RÉSERVES INCOMPATIBLES AVEC L'OBJET ET LE BUT DU TRAITÉ
1. - *La notion d'objet et de but du traité*
 - a) *Le sens de l'expression «objet et but du traité»*
 - b) *La mise en œuvre du critère*
 2. - *La détermination de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité et ses conséquences*
 - a) *La compétence pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité*
 - b) *Les conséquences de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité*

*

* *

I. - LE DROIT DES RÉSERVES
DANS LA CONVENTION DE VIENNE -
PRÉSENTATION GÉNÉRALE

1. Les articles 19 à 23, relatifs aux réserves, font partie des dispositions les plus discutées de la Convention de Vienne et les difficultés liées à leur adoption *in extremis* ont failli faire capoter la Conférence (2). Issus d'un compromis assez déséquilibré, ils ne résolvent qu'imparfaitement les problèmes posés par l'un des domaines les plus controversés du droit des traités (3) au point que la Commission du droit international a décidé, en 1994 (4), d'inscrire la question des réserves à son ordre du jour pour tenter de clarifier une fois pour toutes les règles qui leur sont applicables, alors même que l'on peut penser qu'avec leurs lacunes et leurs ambiguïtés, les règles de Vienne en la matière n'en ont pas moins acquis, globalement, un statut coutumier.

1. - *L'histoire mouvementée des dispositions relatives aux réserves dans la Convention (5)*

a) *Le «phénomène réservataire»*

2. L'institution des réserves est d'apparition relativement récente en droit international. Elle s'inscrit dans le mouvement général qui a conduit à la «multilatéralisation» des modes de conclusion des traités (6) et répond aux besoins résultant de l'élargissement de la

(2) Voy. *infra*, §64.

(3) «[L]a matière des réserves aux traités multilatéraux est d'une complexité exceptionnelle, et même déconcertante, et il serait inutile de simplifier artificiellement un problème compliqué en soi» (Sir Hersch LAUTERPACHT, Premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/63, commentaire du projet d'art. 9; ce rapport est reproduit en anglais in *I.L.C.Y.*, 1953, p. 124). Dans le même sens, voy aussi A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, C.U.P., 2000, p. 100; D.H. HYLTON, «Default Breakdown: The Vienna Convention on the Law of Treaties' Inadequate Framework on Reservations», *Vanderbilt J. Of Trans. L.*, 1994, p. 422; P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 461; J. M. RUDA, «Reservations to Treaties», *R.C.A.D.I.*, 1975-III, tome 146, p. 101; Sir I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., Manchester, M.U.P., 1984, p. 77, ou encore R. SZAFARZ, «Reservations to Multilateral Treaties», *Polish Y.B.I.L.* 1970, p. 293, et *infra*, §68.

(4) Rapport de la C.D.I. à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 46^{ème} session, *A.C.D.I.*, 1995, vol. II, 2^{ème} partie, p. 188, §381. Voy. *infra*, §§138-144.

(5) Cette présentation s'inspire largement du rapport préliminaire de l'auteur du présent commentaire. Rapporteur spécial de la C.D.I. sur les réserves aux traités (A/CN.4/470, 1995).

(6) Voy. P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, 3^{ème} édition revue et augmentée par Philippe Cahier, Paris, P.U.F., 1996, pp. 4-8. C'est par un abus de langage contestable que l'on parle de «réserves» à un traité bilatéral (voy. *supra*, le commentaire de l'article 2 de la Convention de Vienne; voy. aussi, le projet de directive 1.5.1 du Guide de la pratique la C.D.I. en matière de

«communauté internationale des Etats»: l'accroissement du nombre d'Etats potentiellement parties aux conventions multilatérales conclues au plan universel a conduit à rechercher un équilibre entre la quête de l'universalité et le souci de préserver l'intégrité du traité (7).

3. Bien que la technique des conventions multilatérales fût encore mal stabilisée, la première réserve à un instrument multilatéral est sans doute la déclaration faite à l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815 par le plénipotentiaire des royaumes de Suède et de Norvège au sujet de la souveraineté sur Lucca et de la reconnaissance de Ferdinand IV de Naples comme roi des Deux-Siciles (8). «But reservations remained sporadic and it was not until the adoption of the 1899 and 1907 Hague Conventions on the laws of war that a marked increase in the number of reservations occurred» (9). Aujourd'hui, le phénomène a pris une ampleur considérable (10), même s'il ne faut pas en exagérer l'importance: le nombre des réserves varie considérablement selon les Etats et l'objet des conventions concernées. Même en matière de droits de l'homme, domaine dans lequel elles sont probablement les plus fréquentes, les réserves constituent un phénomène limité et maîtrisable (11) et, d'une façon

réserves, Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 51^{ème} session (A/54/10), A.C.D.I., 1999, vol. II, 2^{ème} partie, pp. 127-131.

(7) Voy. *infra*, §§70-79.

(8) Voy. A. POMME DE MIRIMONDE, «Les réserves dans les traités et l'accord de Washington», *Rev. pol. et parl.*, 1927, p. 196. Voy. aussi W.W. BISHOP, Jr., «Reservations to Treaties», *R.C.A.D.I.*, 1961-II, tome 103, pp. 261-262 ou F. HORN, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, p. 7.

(9) F. HORN, *ibid.*: l'auteur recense 73 réserves au total faites à 11 des 13 Conventions de La Haye de 1907. Certaines réserves antérieures sont célèbres, notamment la «ratification partielle» par la France de l'Acte général de Bruxelles de 1890 sur la répression de la traite des esclaves en Afrique (voy. W.W. BISHOP, Jr., *op. cit. supra* note 8, pp. 262-263) ou la réserve des Etats-Unis à l'Acte d'Algésiras de 1906 (voy. G. HAYWOOD HACKWORTH, *Digest of International Law*, Washington, Government Printing Office, vol. V, 1943, pp. 130-131); voy. aussi les exemples donnés par H.W. MALKIN, «Reservations to Multilateral Conventions», *B.Y.B.I.L.*, 1926, pp. 143-162. Marjorie OWEN indique qu'entre 1882 et 1910 au moins 22 traités multilatéraux ont fait l'objet de réserves à la signature («Reservations to Multilateral Treaties», *Yale Law J.*, 1928-1929, pp. 1096-1097) et au moins 15 à la ratification (*ibid.*, pp. 1098-1099).

(10) Cf. l'étude exhaustive et rigoureuse publiée par J.K. GAMBLE, Jr., «Reservations to Multilateral Treaties: A Macroscopic View of State Practice», *A.J.I.L.*, 1980, pp. 372-394.

(11) Cf. les chiffres donnés par L. LUNZAD, *Reservations to U.N. Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, Nijhoff, Dordrecht, T.M.C. Asser Institut, 1994, p. 106, voy. aussi M. COCCIA, «Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights», *California Western I.L.J.*, 1985, pp. 50-51 ou W. SCHABAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *H.R. Quarterly* 1996, p. 474, voy. également *infra*, note 627; voy. aussi B. CLARK, «The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women», *A.J.I.L.*, 1991, pp. 317-318. Sur les problèmes particuliers posés par les réserves aux traités de droits de l'homme, voy. *infra*, §§86-108.

générale, leur impact sur la mise en œuvre du traité demeure marginal (12).

4. Les raisons de cet engouement (relatif) pour les réserves sont complexes et multiples (13). Les principales sont sans doute les suivantes:

- l'évolution des techniques d'élaboration des traités y joue un grand rôle; l'adoption du texte à la majorité (14) et non plus à l'unanimité ne donne plus aux Etats de la minorité l'assurance de voir prendre leur point de vue en considération (15);
- cette souplesse est rendue d'autant plus nécessaire que l'accroissement considérable des Etats participant à la négociation et susceptibles de devenir parties et les oppositions (idéologiques, de niveau de développement) qui les divisent rendent improbable un accord unanime sur le contenu des règles conventionnelles; et
- l'exigence constitutionnelle d'une approbation parlementaire à l'expression du consentement de l'Etat à être lié par le traité accroît les occasions de formulation de réserves: le Parlement pouvant subordonner son autorisation de ratifier la convention à une telle démarche (16).

5. La banalisation de la formulation de réserves et les problèmes posés par certaines d'entre elles (17) ont conduit la doctrine d'abord, la jurisprudence et les organes de codification ensuite, à se pencher sur le régime juridique auquel elles étaient soumises. De cette réflexion, parfois chaotique, est issu le «régime de Vienne» applicable aux réserves.

(12) Voy. J.K. GAMBLE, Jr., *op. cit. supra* note 10, p. 392.

(13) Pour un recensement de ces motifs, voy. F. HORN, *op. cit. supra* note 8, pp. 8-13.

(14) Cf. l'article 9, §2, de la Convention de Vienne de 1969.

(15) En ce sens, W.W. BISHOP, Jr., *op. cit. supra* note 8, pp. 264-265 ou P. REUTER, *op. cit. supra* note 6, p. 72. A l'inverse, la technique du *package deal*, conduit à limiter ou interdire les réserves, dont la formulation risque de compromettre l'équilibre global atteint par les négociateurs.

(16) Voy. not. W.W. BISHOP, Jr., *ibid.*, pp. 263-264. Pour la France, voy. A. PELLET, «Commentaire de l'article 53», in, F. LUCHAIRE et G. CONAC (s.l.d.), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 1987, pp. 1047-1050.

(17) Voy. *supra*, note 9, voy. aussi les réserves envisagées par les Etats-Unis avant qu'ils renoncent à ratifier le Traité de Versailles de 1919 (voy. F. HORN, *op. cit. supra* note 8, p. 15).

b) *Le système traditionnel de l'unanimité et sa remise en cause*

6. Malgré des incertitudes, les règles traditionnelles applicables aux réserves reposaient sur l'exigence d'un consentement unanime des autres parties au traité. Ce système de l'unanimité était toutefois concurrencé, au plan régional, par la pratique panaméricaine, plus souple et plus favorable à la formulation de réserves, dont la C.I.J. s'est en partie inspirée pour rendre, en 1951, son célèbre avis consultatif dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur la prévention et la répression du génocide* (18), d'où est issu le régime de Vienne.

(i) *Le système traditionnel de l'unanimité*

7. Dès les tout débuts de la pratique des réserves (19), il fut reconnu qu'une réserve n'était «valable que si elle [était] acceptée par tous les contractants sans exception» (20). Ce système de l'unanimité a conservé «une valeur de principe indéniable» (21), au plan universel au moins, jusqu'à l'intervention de l'avis de la C.I.J. de 1951.

8. Il a été réaffirmé avec vigueur par le Conseil de la S.d.N. à la suite de la réserve formulée par l'Autriche au moment de signer la Convention internationale de l'opium en 1925 (22). Désireux de faire trancher formellement la question de principe posée par cette réserve, le Conseil, suite à une initiative britannique, demanda à un Sous-Comité d'experts de la Commission pour la codification progressive du droit international d'étudier «la faculté de formuler des réserves concernant des conventions multilatérales» (23). Dans son rapport, approuvé par la Commission puis par le Conseil de la

(18) Avis du 28 mai 1951, C.I.J., *Rec.* 1951, p. 15.

(19) Voy. la littérature citée *supra*, note 9 et par P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, p. 24 note 4.

(20) Avis préc. note 18, p. 21.

(21) *Ibidem*.

(22) Sur cet épisode voy. Lord McNAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 163 et 173-177 et S. ROSENNE (ed.), *Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law (1925-1928)*, Dobbs Ferry, Oceana Publs., vol. I, 1972, pp. 220-222; voy. aussi, not. : *op. diss. commune des Juges GUERRERO, McNAIR, READ et HSU Mo.* C.I.J., *Rec.* 1951, pp. 34-35. Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 3^{ème} session, Assemblée générale, Documents officiels, 6^{ème} session, Supplément No. 9 (A/1558), p. 4, §18, Fr. HORN, *op. cit. supra* note 8, p. 15, P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, pp. 25-26, M. OWEN, *op. cit. supra* note 9, pp. 1110, J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 112-114.

(23) Société des Nations Questions juridiques, 1927.V.16, p. 1.

Société (24), le Sous-Comité réaffirma avec force la règle traditionnelle :

«Pour qu'il puisse être valablement fait une réserve quelconque sur telle ou telle clause du traité, il est indispensable que cette réserve soit acceptée par tous les contractants comme elle l'eût été si elle avait été exprimée au cours de la négociation. Sinon, la réserve, comme la signature elle-même subordonnée à cette réserve, est sans valeur» (25).

9. Cette conception, «directement inspirée de la notion de contrat» (26), restreignait considérablement la faculté de faire des réserves : cela n'était possible que si toutes les autres parties (27) au traité l'acceptaient (28), faute de quoi l'auteur de la réserve demeurait en dehors du cercle conventionnel.

10. Comme l'ont relevé les quatre Juges qui ont joint une opinion dissidente commune à l'avis de 1951, il n'est guère douteux que cette règle, selon laquelle «le consentement de toutes les parties à un traité est nécessaire pour que des réserves puissent porter effet et que l'Etat les ayant formulées puisse à son tour devenir partie au traité» était, entre les deux guerres, devenue une règle juridique coutumière (29).

11. Celle-ci n'était pas sans mérites (30) : outre sa grande simplicité, le système de l'unanimité préservait l'intégrité du traité (31) et

(24) Le 17 juin 1927 (voy. *J.O. de la S.d.N.*, juillet 1927, pp. 770-772 et 800-801). Conformément à la demande du Conseil, le Secrétaire général de la S.d.N. s'inspira de ce principe dans sa pratique constante relative aux réserves (cf. P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, p. 26).

(25) Doc. C.357.M.130.1927 (*J.O. de la S.d.N.*, *ibid.*, pp. 880-882).

(26) C.I.J., avis préc. note 18, p. 21; voy. aussi p. 24 où la Cour décrit ce système comme relevant d'une «conception contractuelle de l'absolue intégrité de la convention telle qu'elle a été adoptée». Pour un exposé limpide de la thèse contractuelle, voy. l'exposé de Charles Rousseau au nom de la France, 14 avril 1951 C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents*, pp. 421-422.

(27) En pratique le Secrétaire général a recherché l'assentiment de l'ensemble des signataires et pas seulement des parties contractantes (cf. M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, p. 4 ou J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, p. 115).

(28) La rigidité du système était cependant atténuée par le fait qu'en pratique l'absence d'objection était considérée comme une acceptation de la réserve (cf. M. OWEN, *op. cit. supra* note 9, p. 1118 ou F. HORN, *op. cit. supra* note 8, pp. 17-18); voy. cependant les doutes exprimés par G.H. HACKWORTH, *op. cit. supra* note 9, p. 130.

(29) *Op. diss. commune* préc. note 22, p. 32. Cette opinion s'appuie sur un exposé très argumenté et convaincant de la doctrine et de la pratique suivie durant la première moitié du XX^{ème} siècle (*ibid.*, pp. 32-37). Dans le même sens et pour d'autres exemples, voy. W.W. BISHOP, Jr., *op. cit. supra* note 8, pp. 276-278, B. CLARK, *op. cit. supra* note 11, pp. 289-291; FR. HORN, *op. cit. supra* note 8, pp. 18-20 ou Sir I. SINCLAIR, *op. cit. supra* note 3, pp. 54-56.

(30) Pour une défense particulièrement argumentée, voy. G.G. FITZMAURICE, «Reservations to Multilateral Conventions», *J.C.L.Q.* 1953, pp. 1-26, *passim* et not. pp. 11-12.

(31) A cet égard, il répondait aux préoccupations des auteurs «droits-de-l'hommeistes» qui reprochent au système flexible actuel de porter atteinte à l'intégrité, selon eux nécessaire, des

garantissait un contrôle par les Etats parties (ou signataires (32)) de la validité ou de l'opportunité des réserves. En outre, la règle coutumière sur laquelle il reposait était purement supplétive de volonté et les parties demeuraient libres d'y déroger en incluant des clauses de réserves ou en y dérogeant d'une autre manière (33).

(ii) *Le système panaméricain*

12. Le système panaméricain (34), stabilisé, lui aussi, depuis la fin des années 1920, a constitué une «dérogação régionale» à la règle traditionnelle.

13. On trouve son origine dans la Convention de La Havane du 20 février 1928, dont l'article 7 pose en principe le droit de formuler des réserves (35) tandis que son article 6, paragraphes 2 et 3, rédigé en termes un peu obscurs (36), écarte la règle de l'unanimité (37). Un rapport établi par la Commission chargée de préciser la procédure à suivre pour l'exécution des fonctions de depositaire confiées à l'Union panaméricaine et approuvé par le Conseil de celle-ci le 4 mai 1932, précise (38) dans les termes suivants les règles applica-

traités de droits de l'homme (voy. *infra*, §§87-88). On peut noter que, par une curieuse ironie de l'histoire, ce système flexible trouve son origine dans des préoccupations liées précisément à un tel traité - la Convention sur le génocide de 1948.

(32) Voy. *supra*, note 27.

(33) Cf. l'op. diss. commune préc. note 22, p. 37 «Tout en partant de ce principe [de l'assentiment unanime aux réserves], le droit n'impose pas la pratique à suivre, mais laisse aux parties la liberté de faire ce qui leur convient le mieux, suivant la nature de chaque convention et les circonstances de la négociation».

(34) Sur le système panaméricain, voy. la bibliographie figurant dans P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, pp. 485-486. *Addé*, outre la description de P.-H. IMBERT lui-même (*ibid.*, pp. 33-38) M.M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, Washington D.C., Department of State, vol. 14, 1970, pp. 141-144 ou J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 115-133; voy. aussi *infra*, note 36.

(35) «Le refus de ratifier un traité ou la formulation d'une réserve, sont des actes inhérents à la souveraineté nationale et représentent en tant que tels l'exercice d'un droit qui ne porte atteinte à aucune stipulation internationale ni à aucune règle de bonne forme».

(36) Voy. le commentaire de ces dispositions in P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, p. 34; G.G. FITZMAURICE *op. cit. supra* note 30, pp. 13-16 et 20-22 (commentaire très critique); J.K. KOH, «Reservations to Multilateral Treaties - How International Legal Doctrine Reflects World Vision», *Harvard I L J.*, 1982, pp. 80-84 ou J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 116-118.

(37) «2. Si l'Etat qui ratifie fait des réserves au traité, celui-ci entrera en vigueur aussitôt qu'informée de ces réserves, l'autre partie contractante les acceptera expressément ou, ne les ayant pas repoussées formellement, exécutera des actes qui impliquent son acceptation.

«3. Dans les traités internationaux conclus entre divers Etats, la réserve faite par l'un d'eux dans l'acte de la ratification, affectera seulement l'application de la clause respective dans les relations des autres Etats contractants avec l'Etat qui fait la réserve».

(38) Selon P.-H. IMBERT (*op. cit. supra* note 3, p. 35), la troisième règle de 1932 modifie celle posée à l'article 6 §3, de la Convention de La Havane, ce n'est pas l'avis du présent auteur : si on lit le §3 de l'article 6 à la lumière du §2, les deux textes sont compatibles.

bles au «statut juridique des traités ratifiés avec des réserves qui n'ont pas été acceptées» :

«1. Le traité est en vigueur dans la forme sous laquelle il a été signé entre les pays qui l'ont ratifié sans réserves, suivant les termes dans lesquels il a été rédigé et signé à l'origine :

«2. Il est en vigueur entre les gouvernements qui l'ont ratifié avec réserves et les puissances signataires qui acceptent les réserves, sous sa forme modifiée par lesdites réserves :

«3. Il n'est pas en vigueur entre un gouvernement qui l'a ratifié avec réserves et un autre gouvernement qui l'a ratifié et qui n'accepte pas lesdites réserves» (39).

Par sa résolution XXIX du 23 décembre 1938, la huitième Conférence panaméricaine a confirmé ces principes tout en insistant sur la nécessité, pour l'Etat réservataire, d'examiner les observations des autres Etats signataires (40).

14. Limité à l'hémisphère occidental, ce système, qui n'avait, *a priori*, pas vocation à se substituer au système universel de l'unanimité (41) s'en distinguait profondément en ce que, tout en préservant l'exigence du consentement des autres Etats parties, il facilitait l'adhésion aux conventions panaméricaines au détriment de leur intégrité en ne conférant pas aux autres Etats une sorte de droit de *veto* à la participation de l'Etat signataire, aboutissant de ce fait à une sorte de «bilatéralisation» de l'application des conventions multilatérales (42).

15. Bien que la Convention de La Havane eût été peu ratifiée (43), ce système, qui est demeuré en vigueur dans les relations entre Etats américains jusqu'en 1973 (44), a exercé une influence

(39) Texte reproduit in Rapport de la C.D.I. (1951) (A/1858), préc. note 22, p. 5, §21 et A.C.D.I. 1965, vol. II, p. 86.

(40) Par. 2 : «[D]ans le cas d'adhésions ou de ratifications sous réserves, le gouvernement adhérent à ces traités ou les ratifiant devra, avant de déposer les instruments respectifs, faire parvenir le texte des réserves qu'il aura formulées à l'Union panaméricaine, qui le transmettra aux Etats signataires, aux fins d'acceptation ou de rejet. L'Etat qui désirera adhérer à un traité ou le ratifier sera libre de le faire ou d'y renoncer, après avoir pris connaissance des observations faites par les Etats signataires à propos des réserves qu'il aura formulées» - texte reproduit dans le Rapport de la C.D.I. (1951) (A/1858), préc., *ibid.*

(41) P.-H. IMBERT remarque que «les Etats américains respectaient le principe du consentement unanime dans le cadre des conventions élaborées en dehors de l'Union» (*op. cit. supra* note 3, p. 38).

(42) En ce sens - J.K. KOH, *op. cit. supra* note 36, pp. 82-84.

(43) Elle n'a reçu que huit ratifications (cf. J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, p. 118).

(44) Voy. la résolution 102 de l'Assemblée générale de l'O.E.A. du 14 avril 1973 sur les «Standards relatifs aux réserves aux traités interaméricains», cette résolution reprend, pour

considérable sur l'abandon de la règle traditionnelle de l'unanimité au plan universel.

(iii) *L'avis consultatif de la C.I.J. sur les Réserves à la Convention sur le génocide*

16. Il ne fait aucun doute que le système panaméricain était présent à l'esprit des Juges de la C.I.J. lorsqu'ils se sont prononcés sur la demande d'avis consultatif formulée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1950 au sujet des *Réserves à la Convention pour la répression et la répression du crime de génocide* (45). Mais, alors que les Juges de la minorité y voyaient une dérogation à la règle générale en vigueur (46), ceux de la majorité y ont trouvé une source d'inspiration (47) qui irradie la «révolution jurisprudentielle» qu'ils initient (48).

17. Les faits à l'origine de la demande d'avis sont connus (49). Saisi de plusieurs instruments de ratification de la Convention de 1948 assortis de réserves, dont certaines avaient été contestées, le Secrétaire général des Nations Unies réagit très naturellement en suivant la pratique traditionnelle de la S.d.N., c'est-à-dire en se référant à la règle de l'unanimité (50). Toutefois, parallèlement, il

l'essentiel, les règles figurant dans les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969 à l'importante exception près qu'elle ne fait aucune mention du principe fondamental de la compatibilité de la réserve avec le but et l'objet du traité (voy. la présentation des travaux préparatoires de cette résolution in J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 122-133); voy. aussi la résolution 888 du 14 octobre 1987.

(45) Voy. l'exposé écrit de l'O.E.A. in C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents, Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, pp. 15-20.

(46) Voy. l'op. diss. commune préc. note 22, p. 37.

(47) Qu'ils ne mentionnent du reste que furtivement (voy. l'avis préc. note 18, p. 25).

(48) Cf. Ch. TOMUSCHAT, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties. Comments on Article 16 and 17 of the International Law Commission's Draft Articles on the Law of Treaties», *ZaRV*, 1967, p. 478 ou A. PELLET, «La C.I.J. et les réserves aux traités - Remarques cursives sur une révolution inachevée», in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, La Haye, Kluwer, 2002, pp. 481-514, surtout pp. 482-503; les développements qui suivent (§§17 à 30) s'inspirent étroitement de cette étude.

(49) Pour un exposé détaillé, voy. not. W.W. BISHOP, *op. cit. supra* note 8, pp. 281-286. W.W. COX, «Reservations to Multilateral Conventions», *Proceedings of the A.S.I.L.*, Washington D.C., 56th Annual Meeting, 1952, p. 26-29; P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, pp. 59-61; S. ROSENNE, *Developments in the Law of Treaties 1945-1986*, Cambridge C.U.P., 1989, pp. 424-428 ou J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 133-139. Pour un recensement des principaux commentaires de l'avis, voy. A. PELLET, «La C.I.J. et les réserves aux traités...», *op. cit. supra* note 48, p. 482, note 5 et 2^{ème} rapport sur les réserves aux traités, mise à jour au 8 avril 1999, A/CN.4/478/Rev.1, pp. 10-11, et pour une critique récente très ferme, voy. I. LUNZAAD, *op. cit. supra* note 11, pp. 15-27.

(50) Rapport du Secrétaire général, A/1372, Assemblée générale, Documents officiels, 5^{ème} session, Annexe 56, p. 2, §5 et p. 8, §46.

attirait l'attention sur le système panaméricain, que défendirent la plupart des Etats latino-américains lors des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale qui eurent lieu sur ce point en 1950 (51). Pour ajouter à la confusion, l'U.R.S.S. et ses amis, introduisirent une troisième théorie, parfois baptisée «de la souveraineté absolue» (52), selon laquelle les Etats auraient le droit de formuler toute réserve de leur choix, sans être, pour autant empêchés de devenir parties.

18. Saisie, par la résolution 478 (V) du 16 novembre 1950, de la question de savoir si un Etat 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 (53), y a répondu par l'affirmative «si ladite réserve est compatible avec l'objet et le but» de la Convention» (54).

19. En même temps, elle précisait en réponse à la deuxième question posée par l'Assemblée générale (55) :

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, considérer l'Etat qui a formulé cette réserve comme n'étant pas partie à la Convention;

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, considérer l'Etat qui a formulé cette réserve comme étant partie à la Convention» (56).

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

«Il se peut enfin qu'un Etat, 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'Etat qui a formulé la réserve ait pour effet de met-

(51) Cf. le Compte-rendu de la 217^{ème} à la 225^{ème} séances de la Sixième Commission, A/C.6/217-225; voy. aussi le rapport de la Sixième Commission, A/1494, *ibid.*, pp. 26-31 et le *Memo-randum* de l'Uruguay, A/C.6/L.117, *ibid.*, pp. 19-21.

(52) Voy. G.G. FITZMAURICE, *op. cit. supra* note 30, pp. 10-11 et *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Cambridge, Grotius Publ., 1986, p. 410.

(53) Outre l'opinion dissidente commune (préc. note 22), voy. celle du Juge chilien Alvarez concluant à l'impossibilité totale de faire des réserves à la Convention sur le génocide (C.I.J., *Rec. 1951*, p. 49).

(54) C.I.J., *Rec. 1951*, p. 29.

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

(56) C.I.J., *Rec. 1951*, pp. 29-30.

tre la Convention en vigueur entre eux, à l'exclusion des clauses affectées par la réserve» (57).

20. 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.

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

«Il est bien établi qu'un Etat 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» (58).

A l'inverse, la Cour relève que l'«on ne saurait certainement pas conclure de l'absence dans une convention multilatérale d'un article relatif aux réserves à l'interdiction pour les Etats contractants d'y apporter certaines réserves» (59). Tout est affaire d'espèce et dépend du «caractère d'une convention multilatérale, [de] son objet, [de] ses dispositions, [et de] son mode d'élaboration et d'adoption» (60).

22. Et, faisant application de cette méthode, la Cour constate, dans un long passage qui constitue le cœur même de son avis, que :

«L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats, 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 four-

(57) *Ibid.* p. 27

(58) *Ibid.* p. 21; voy aussi p. 24.

(59) *Ibid.* p. 22.

(60) *Ibidem.*

nir le critère de l'attitude de l'Etat qui joint une réserve à son adhésion et de l'Etat qui estime devoir y faire une objection» (61).

23. Alors que «[t]he compatibility of a reservation with the object and purpose of the treaty was a notion which was foreign to the Pan-American regime» (62), elle est au centre de celui retenu par la C.I.J. 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 Etat 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» (63). 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 C.I.J., on se place sur le terrain de la validité : elle pose un principe objectif mais laisse à chaque Etat 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 (64), mais elle ne propose aucune solution, si ce n'est un très hypothétique recours au Juge (65).

24. 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 Etat ne peut devenir partie à un traité en refusant expressément d'en respecter les dispositions essentielles, celles qui constituent la raison d'être du lien conventionnel» (66). En revanche, en faisant de ce critère la seule règle de base en la matière, la Cour rompt avec toutes les règles préexistantes.

(61) *Ibid.* p. 24.

(62) F. HORN, *op cit supra* note 8, p. 115.

(63) C.I.J., *Rec. 1951*, p. 26.

(64) «Les inconvénients qu'entraîne cette divergence éventuelle de vues [sur la compatibilité de la réserve avec le but et l'objet du traité] sont réels, ils sont atténués par l'obligation commune des Etats 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.* p. 27).

(65) *Cf. ibid.* : cette référence au juge 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.

(66) *Op cit supra* note 2, p. 63, note de bas de page omise.

25. Plus accessoirement, la Cour s'écarte aussi des pratiques antérieures dans sa réponse à la troisième question posée par l'Assemblée générale (67). 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 (68), «il n'en demeure pas moins qu'entre l'Etat qui a fait la réserve et celui qui y a fait objection la Convention n'entre pas en vigueur» (69). Après avoir récusé l'idée selon laquelle tout Etat ayant vocation à devenir partie puisse émettre une objection, elle établit que «[l]e cas d'un Etat signataire est différent»; «la signature constitue la première étape dans la participation à la Convention» et établit «un statut provisoire [...] plus favorable aux Etats signataires qu'à ceux qui n'ont ni signé ni adhéré» (70). 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» (71) et qui constituent un «avertissement» adressé à l'Etat ayant formulé la réserve (72).

26. Relativement bref (73), 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 Juges de la minorité et reconnaissant le caractère coutumier de la règle de l'unanimité (74), n'est pas, à cet égard, à l'avantage de la majorité. Il n'est guère contestable que, pour parvenir à des conclusions contraires, les Juges majoritaires ont pris quelque liberté avec les canons habituels du raisonnement juridique.

27. 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

(67) «En ce qui concerne la réponse à la question 1, 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 Etat qui a le droit de signer ou d'adhérer mais qui ne l'a pas encore fait?»

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

(69) C.I.J., *Rec. 1951*, p. 27.

(70) *Ibid.*, p. 28.

(71) *Ibidem*.

(72) *Cf. ibid.*, p. 29.

(73) Dix pages imprimées (C.I.J., *Rec. 1951*, pp. 20-29) pour le corps même de l'avis

(74) *Voy. supra*, §10.

sur le génocide (75), la Cour s'emploie, assez longuement, à établir cette possibilité (76) que nul, au demeurant, ne contestait (77). 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 (78) – dont elle déduit la faculté de faire des réserves – on pouvait, tout aussi bien, comme le soulignent tous les Juges de la minorité (79), arriver à la conclusion contraire.

28. 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» (80), ce qui la conduit à poser le principe de la compatibilité (81) – 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 (82), ce que dément une lecture objective des travaux préparatoires, comme l'opinion dissidente collective le prouve de manière convaincante (83).

(75) *Ibid.*, p. 21.

(76) *Ibid.*, pp. 21-23.

(77) *Voy. P. H. IMBERT, op. cit. supra* note 3, p. 71.

(78) C.I.J., *Rec. 1951*, p. 23.

(79) *Op. diss. commune. ibid.*, pp. 46-47; *op. diss. du Juge ALVAREZ, ibid.*, pp. 53-54.

(80) *Ibid.*, p. 20.

(81) *Ibid.*, p. 24 – *voy. supra*, §22.

(82) *Ibid.*, p. 25.

(83) *Ibid.*, p. 41.

29. Il fallait, assurément, des raisons bien décisives aux yeux des Juges de la majorité, pour que ceux-ci tournent ainsi 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 relations internationales est à l'origine «d'un besoin nouveau d'assouplissement dans le jeu des conventions multilatérales» (84); 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 Etats de formuler des réserves» (85).

30. «C'est dans ce souci de s'adapter à une évolution dont on devinait à peine les prémisses que réside [sic] toute la portée de l'avis et le mérite des juges de la majorité» (86). 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» (87), 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 (88). Avec une préscience 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.

c) *La consécration du «système flexible» par la Convention de Vienne*

31. D'une manière générale, l'avis de 1951 fut mal accueilli par la doctrine (89), aux notables exceptions près de Charles de Visscher (90)

(84) C.I.J., *Rec. 1951*, p. 22

(85) *Ibidem*

(86) P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, p. 71

(87) *Ibid.*, p. 61

(88) En ce sens F. HORN, *op. cit. supra* note 8, p. 21

(89) Voy. note 49 *supra* et les brefs panoramas des réactions doctrinales in C. REDGWELL, «Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties», *B.Y.B.I.L.*, 1993, p. 252 ou J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 146-147

(90) *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, pp. 291-294 ou *Les effectivités en droit international public*, Paris, Pedone, 1967, pp. 82-85. Ch. de Visscher faisait partie des Juges majoritaires de 1951.

et de Sir Hersch Lauterpacht (91), et, paradoxalement, se heurta à une forte résistance de la C.D.I. 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 C.D.I. s'en tint à une vision conservatrice et se fit l'avocat du principe traditionnel de l'unanimité. Comme l'a fait remarquer non sans malice Sir Hersch Lauterpacht:

«Il est intéressant de noter que dans son avis consultatif au sujet des *Réserves à la Convention sur le génocide*, la Cour internationale de Justice, dont le rôle est d'appliquer le droit en vigueur, s'est surtout attachée au développement du droit dans ce domaine et a posé le principe nouveau de la compatibilité des réserves avec le but du traité, alors que la Commission du droit international, qui est chargée à la fois de codifier et de développer le droit international, s'est pratiquement bornée à exposer le droit en vigueur» (92).

Il n'en reste pas moins que, comme l'Assemblée générale, la C.D.I. finit par se rallier à la solution retenue par la majorité de la Haute Juridiction, qui, non sans d'importantes nuances, constitue l'armature des règles relatives aux réserves incluses dans la Convention de Vienne de 1969.

(i) *Le ralliement ambigu de l'Assemblée générale*

32. En même temps qu'elle avait saisi la C.I.J. d'une demande d'avis consultatif, l'Assemblée générale avait, par sa résolution 478 (V), invité la Commission du droit international:

a) A 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) A 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.

33. Dès l'année précédente, dans son premier rapport, James L. Brierly, premier Rapporteur spécial sur le droit des traités, avait brièvement évoqué la question des réserves et s'était prononcé très

(91) *The Development of International Law by the International Court*, Londres, Stevens, 1958, pp. 186-196 et 372-374

(92) Deuxième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/87, texte anglais in *I.L.C.Y.*, 1954, vol. II, p. 131; dans le même sens, voy. Fr. HORN, *op. cit. supra* note 8, p. 21 ou P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, p. 61

clairement en faveur de la règle de l'unanimité (93), retenue sans guère de discussions par la Commission (94).

34. Suite à la demande de l'Assemblée générale, la C.D.I. fut saisie, en 1951, d'un rapport spécial de James L. Brierly (95) dans lequel il insistait sur la nécessité d'une part «de maintenir l'intégrité des conventions multilatérales internationales» et, d'autre part, d'en faire «une application aussi large que possible» (96). Il concluait que la meilleure solution serait d'inclure des dispositions expresses adaptées aux différents types de traités, dont il donnait des exemples en annexe (97). La Cour ayant rendu son avis le 28 mai 1951, les discussions de la Commission tournèrent largement autour de celui-ci (98), que Georges Scelle avait vigoureusement critiqué dans un mémorandum diffusé comme document de travail de la Commission (99) et qui ne trouva guère de soutien parmi les autres membres de la Commission durant les débats.

35. Dans son rapport, la Commission note :

«que le critère de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'une convention multilatérale, critère qui a été appliqué par la Cour internationale de Justice dans le cas de la Convention sur le génocide, ne peut être retenu pour s'appliquer aux conventions multilatérales en général. L'adoption de ce critère implique la classification des dispositions d'une convention en deux catégories, à savoir : celles qui touchent directement à son objet et à son but, et celles qui s'y rapportent moins directement. 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

(93) Premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/23, texte anglais in *I.L.C.Y.*, 1950, vol. II, pp. 238-242 - cf. le projet d'article 10, paragraphe 3, proposé à la Commission : «L'acceptation d'un traité sous réserve n'a d'effet que lorsque tous les Etats ou organisations internationales dont le consentement est nécessaire à la validité de cette réserve y ont consenti» (p. 240).

(94) Voy. *I.L.C.Y.*, 1950, vol. I, 53^{ème} et 78^{ème} séances, pp. 90-97 et le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 2^{ème} session, Assemblée générale, Documents officiels, 5^{ème} session, Supplément No. 12 (A/1316), p. 21, §164.

(95) Deuxième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/41, texte anglais in *I.L.C.Y.*, 1951, vol. II, pp. 1-17. Ce rapport était assorti de cinq annexes (A. Résumé des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale; B. La doctrine; C. Exemples de clauses relatives aux réserves dans les conventions; D. Règles suivies dans la pratique en matière de réserves; E. Projets d'articles relatifs aux réserves).

(96) *Ibid.*, pp. 3-4, §§11 et 12.

(97) *Ibid.*, pp. 16-17 (annexe E).

(98) *I.L.C.Y.*, 1951, vol. I, 100^{ème} à 106^{ème}, 125^{ème} à 129^{ème} et 133^{ème} séances, pp. 159 à 213 et 366 à 394.

(99) Doc. A/CN.4/L.14, pp. 23-26; voy. aussi le mémorandum de Gilberto Amado (A/CN.4/L.9, pp. 17-23).

réserve formulée à l'égard de l'une d'elles doit être censée en limiter l'objet et le but» (100).

La C.D.I. se déclare «... frappée par la complexité de la tâche dont le Secrétaire général devra s'acquitter si les Etats formulant des réserves peuvent devenir parties à des Conventions multilatérales en dépit des objections qu'opposeraient certaines des parties aux réserves qu'ils ont énoncées» (101).

36. Tout en relevant «que les conventions multilatérales diffèrent à tel point les unes des autres par leur caractère et leur objet que lorsque les Etats négociateurs ont omis de faire place, dans le texte d'une convention, à une clause relative à la recevabilité ou à l'effet des réserves, aucune règle unique d'application uniforme ne peut se révéler entièrement satisfaisante» (102), la Commission n'en recommanda pas moins une procédure qui, tout en le précisant et en le complétant à certains égards, illustre purement et simplement le système de l'unanimité (103), position largement similaire à celle prise dans l'opinion dissidente commune jointe à l'avis de la C.I.J. (104).

37. Après de longs débats (105), la Sixième Commission de l'Assemblée générale adopta, à une courte majorité (106), le texte qui allait devenir la 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» (107). Elle entérine la position de la Cour en ce qui concerne la Convention sur le génocide et recommande au Secrétaire général :

a) De continuer à exercer ses fonctions de depositaire 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;

(100) Rapport de la C.D.I. (1951) (A/1858), préc. note 22, p. 6, §24.

(101) *Ibidem*.

(102) *Ibid.*, p. 7, §28.

(103) *Ibid.*, pp. 8-9, §34.

(104) Voy. *supra*, §10.

(105) A/C.6/SR.264-278. Assemblée générale, Documents officiels, 6^{ème} session, Sixième Commission, pp. 71-153; voir aussi le rapport de la Sixième Commission, A/2047, *ibid.*, Annexe 49 pp. 9-12.

(106) De 23 voix contre 18 avec 7 abstentions.

(107) S. ROSENNE, *op. cit. supra* note 49, p. 430. Pour une analyse de la résolution et de sa portée, voy. W. BISHOP, *op. cit. supra* note 8, pp. 295-299; C.G. FENWICK, «When a Treaty is not a Treaty?», *A.J.I.L.*, 1952, pp. 296-298 ou J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 151-152.

(ii) De communiquer à tous les Etats intéressés le texte desdits documents qui concerne les réserves ou objections, en laissant à chaque Etat le soin de tirer les conséquences juridiques de ces communications».

38. Bien que ce texte soit quelque peu sibyllin et ne décide pas formellement l'abandon du principe de l'unanimité, il consacre en fait la position de la C.I.J. (108), 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'O.M.C.I. se heurtèrent à des objections allemande et française; à la suite de débats qui virent se renforcer le camp des opposants à la règle de l'unanimité, l'Assemblée générale, par sa résolution 1452 B (XIV) du 7 décembre 1959 (109), étendit les règles de 1952 à toutes les conventions conclues sous les auspices de l'O.N.U.

39. 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 C.D.I. 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.

(ii) *Le ralliement tardif de la C.D.I.*

40. La résistance de la C.D.I., dont la position prise en 1951 (110) allait influencer fortement ses travaux durant toutes les années 1950, fut plus durable (111). Toutefois, les rapports de Sir Hersch

(108) En ce sens : P.-H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, p. 72 ou K. ZEMANEK, «Some Unresolved Questions Concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties», *Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs*, La Haye, Nijhoff 1984, p. 327, plus hésitants : S. ROSENNE, *ibid.* ou G.G. FITZMAURICE, «Reservations to Multilateral Conventions», *op. cit. supra* note 30, p. 8.

(109) Voy. O. SCHACHTER, «The Question of Treaty Reservations at the 1959 General Assembly», *AJIL*, 1960, pp. 372-379; voy. aussi W.W. BISHOP, *op. cit. supra* note 8, pp. 297-300 ou J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 153-156.

(110) Voy. *supra*, §§35 et 36.

(111) Comme l'écrivait Christian Tomuschat en 1967 «[d]uring the discussions held by the International Law Commission on the Law of Treaties, only few topics have given rise, until the adoption of the present draft, to such controversies as has the regime of reservations to multilateral treaties (arts. 16-20)» (*op. cit. supra* note 48, p. 463).

Lauterpacht (1953 et 1954) et de Sir Gerald Fitzmaurice (1956) constituent le chant du cygne du système de l'unanimité, qui, à partir de 1962, avec le premier rapport de Sir Humphrey Waldock, s'efface définitivement au profit du «système souple», issu de l'avis de 1951 et consacré, avec des modifications non négligeables, par la Conférence de Vienne en 1969.

Les rapports de Lauterpacht et de Fitzmaurice - le chant du cygne du principe de l'unanimité

41. En 1953, dans son premier rapport sur le droit des traités, Sir Hersch Lauterpacht, qui avait succédé à James Brierly comme Rapporteur spécial, aborda à nouveau le problème des réserves. Il procéda de manière assez inhabituelle en proposant un projet d'article *de lege lata* qui posait très nettement le principe de l'unanimité, mais en l'assortissant de quatre propositions alternatives *de lege ferenda*, ce qui donne à penser qu'il considérait que les règles en vigueur n'étaient pas satisfaisantes et qu'il espérait les infléchir en convainquant la Commission de faire œuvre de développement progressif du droit international (112).

42. Comme l'a relevé José Maria Ruda, «[t]he main characteristic of these alternatives is that they were offered as new proposals, as a compromise between the unanimity rule and the principle of a sovereign right to formulate reservations. They had the flexibility of the Pan-American rules, but they provided more guarantees against the abuse on making reservations [...]. The impact of the new realities of international life and the Advisory Opinion of the International Court of Justice had begun to shake the basis of a well-established rule of international law» (113).

43. Le successeur de Lauterpacht, Sir Gerald Fitzmaurice, aborda à nouveau la question des réserves dans son premier rapport, rédigé en 1956 (114). Les articles 37 à 40 du «Code» dont il proposait

(112) Premier rapport, A/CN.4/63, préc. note 3, pp. 91 et 123 à 136. Il convient de préciser que le rapport se présente comme un projet de rapport de la Commission; toutefois, celle-ci ne s'étant pas prononcée, il reflète les vues du seul Rapporteur spécial. H. Lauterpacht reprit ces propositions dans son second rapport, en 1954 (A/CN.4/87, préc. note 92, pp. 131 à 133).

(113) J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, p. 158.

(114) Premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/101, *A.C.D.I.* 1956, vol. II, pp. 118 et 129-131. Fitzmaurice avait vivement critiqué l'avis de la C.I.J. (voy. *op. cit. supra* note 30, pp. 1-26 et *op. cit. supra* note 52, pp. 406-427).

l'adoption s'en tenaient assez rigide-ment au principe de l'unanimité en dépit de quelques précisions supposées l'assouplir (115). Ni les rapports de Lauterpacht, ni ceux de Fitzmaurice, n'ont pu, faute de temps, être discutés par la Commission en ce qui concerne les réserves et il fallut attendre 1962 et le premier rapport de Sir Humphrey Waldock (116) pour que l'approche traditionnelle soit abandonnée sans retour.

Le tournant de 1962 – le premier rapport Waldock et le projet de première lecture de la C.D.I.

44. Le système «souple» proposé par Sir Humphrey relevait davantage du mécanisme subjectif de l'O.E.A. 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 Etats formulant une réserve.

45. A l'appui de cette position, Waldock faisait valoir les arguments suivants :

- 1° Les propositions formulées en 1951 par la Commission, et qui s'éloignaient de l'avis de la Cour rendu la même année, n'ont pas recueilli, à l'Assemblée générale, l'appui de la majorité des Etats (117);
- 2° «La communauté internationale elle-même s'est rapidement élargie depuis 1951, de sorte que le nombre même des participants possibles aux traités multilatéraux semble rendre le principe de l'unanimité moins judicieux et d'application moins aisée» (118);
- 3° En application de la résolution 598 (VI) de l'Assemblée générale (119), «le système appliqué en fait pour tous les nouveaux traités multilatéraux, dont le Secrétaire général est dépositaire, correspond à peu de choses près au système 'souple' que préconi-

(115) Premier rapport, A/CN.4/101, préc., pp. 118 et 129 à 131. Comme le note W. BISHOP (qui écrivait en 1961), les Rapporteurs spéciaux successifs de la C.D.I. sur le droit des traités ont été britanniques ou «[i]t is fair to say that in recent years it has been the United Kingdom, and to some extent the United States, who have been most vocal in urging that reservations be dealt with on a purely contractual basis» (*op. cit. supra* note 8, p. 331); il y a certainement là un facteur d'explication à la tardiveté du ralliement de la Commission au système flexible.

(116) A/CN.4/144, A.C.D.I., 1962, vol. II, pp. 68-78. Pour une présentation générale du rapport et de son examen par la Commission, voy. J. M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 161-170.

(117) *Ibid.*, p. 72.

(118) *Ibidem*.

(119) Voy. *supra*, §37.

sait le plus important des deux principaux groupes d'Etats qui s'étaient formés à l'Assemblée générale en 1951» (120);

- 4° Les «intérêts essentiels de chaque Etat» sont sauvegardés par un système souple puisque, par une objection à la réserve, l'Etat objectant peut empêcher que le traité entre en vigueur entre lui-même et l'Etat réservataire (121);
- 5° Un tel système ne devrait guère avoir d'influence sur l'élaboration des traités multilatéraux dont le texte doit, de toute manière, être approuvé à la majorité des deux tiers des Etats participant à la négociation (122);
- 6° «L'intégrité du traité ne serait sensiblement atteinte que si une réserve plus ou moins fondamentale était faite par un nombre appréciable d'Etats» ne fût-ce que du fait de la menace d'objections par les autres Etats (123);
- 7° Au surplus, «une règle visant à encourager l'acceptation la plus large possible d'une entente, si modeste soit-elle, répondrait peut-être le mieux aux besoins immédiats de la collectivité internationale» (124).

46. Partant de ces prémisses, le système proposé par Waldock se différencie, par bien des points, de ceux envisagés par ses prédécesseurs. Il part du principe que, si ce n'est pas interdit par le traité lui-même, expressément ou implicitement, «[t]out Etat a la faculté, lorsqu'il signe, ratifie ou accepte un traité ou y adhère, de formuler une réserve...» (125), à charge pour lui de «... s'assurer que ladite réserve est compatible avec l'objet et le but du traité» (126).

47. Le Rapporteur spécial se référait ainsi au critère retenu par la C.I.J. en 1951 et rejeté par la Commission la même année. Toutefois, «[t]out en estimant que le principe appliqué par la Cour a une valeur certaine en tant que notion générale», Waldock faisait part de ses hésitations face à cette notion éminemment subjective et refusait «d'en faire un critère du statut, en tant que partie à un traité, d'un Etat qui a formulé une réserve parallèlement au critère

(120) Premier rapport (A/CN.4/144), préc. note 116, p. 72.

(121) *Ibid.*, pp. 72-73.

(122) *Ibid.*, p. 73.

(123) *Ibid.*, pp. 73-74.

(124) *Ibid.*, p. 74.

(125) Article 17, §1 (*ibid.*, p. 68).

(126) Article 17, §2 a) (*ibid.*, p. 69).

objectif de l'acceptation ou du rejet de la réserve par les autres Etats» (127). En conséquence, le projet d'article 18 prévoyait :

«1. Une réserve, du fait qu'elle a pour objet de modifier les clauses du traité tel qu'il a été adopté, ne produit d'effet qu'à l'égard de l'Etat qui y a donné, ou est présumé y avoir donné son consentement...» (128),

cette présomption pouvant résulter du silence gardé par les Etats parties au traité ou ayant le droit de le devenir, durant douze mois (129).

48. L'originalité majeure du projet de Sir Humphrey Waldock ne résidait cependant pas dans cette présomption (130). Elle tenait, bien plutôt, aux effets résultant de l'acceptation, expresse ou tacite, d'une réserve, puisque, aux termes du paragraphe 4.b.ii) du projet d'article 18 :

«Le consentement exprès ou tacite de tout autre Etat qui est effectivement ou virtuellement partie à un traité multilatéral suffit à établir, dans les rapports entre cet Etat et l'Etat qui formule la réserve, la recevabilité d'une réserve qui n'est pas expressément autorisée par le traité et confère immédiatement à l'Etat qui formule la réserve la qualité de partie au traité à l'égard dudit Etat» (131).

49. Inversement, «l'objection empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'Etat qui fait l'objection et l'Etat qui a formulé la réserve, mais n'empêche pas son entrée en vigueur entre ce dernier et tout autre Etat qui ne fait pas objection à la réserve» (132).

50. Malgré de fortes réticences d'une minorité de ses membres (133), la Commission parvint

«à la conclusion que, dans le cas des traités multilatéraux généraux, les considérations, qui militent en faveur d'un système souple permettant à chaque Etat particulier de décider s'il convient d'accepter une réserve et de considérer l'Etat qui a formulé la réserve comme partie au traité aux fins des relations entre les deux Etats, l'emportent sur les arguments avancés en faveur du maintien d'un système 'collectif' d'après lequel l'Etat qui formule une réserve ne

(127) *Ibid.*, p. 752 (italiques dans le texte)

(128) *Ibid.*, p. 69

(129) Article 18, § 3 b) (*ibid.*, p. 70)

(130) Les deux Rapporteurs spéciaux précédents avaient proposé des délais plus courts, de trois mois.

(131) Premier rapport, A/CN.4/144, préc. note 116, p. 70; cette règle ne devait trouver application qu'en l'absence de règles contraires prévues dans le traité lui-même et pour les actes constitutifs d'organisations internationales, sous réserve du consentement de l'organe compétent.

(132) Article 19, § 4 (*ibid.*, p. 71)

(133) Voy. A.C.D.I. 1962, vol. I, 651^{ème} à 656^{ème}, 663^{ème} à 665^{ème} et 667^{ème} séances, pp. 155-195, 245-259, 278-280 et 184-285

deviendrait partie au traité que si la réserve était acceptée par une proportion déterminée des autres Etats» (134).

51. Dans le détail cependant, indépendamment de quelques modifications de forme et d'une simplification globale de la présentation (135), les propositions de Waldock ont été transformées, de manière importante, par la Commission (136).

52. Conformément à la position de son Rapporteur spécial, la Commission estime «que le principe de la 'compatibilité avec l'objet et le but du traité', admis par la Cour, [peut] être adopté comme critère général pour déterminer si les réserves aux traités multilatéraux et les objections à ces réserves sont licites» (137); en conséquence, le paragraphe 1.d) du projet d'article 18 pose 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» (138). En même temps, la C.D.I. prévoyait que «[l]'acceptation d'une réserve par un Etat qui peut devenir partie au traité confère à l'Etat auteur de la réserve la qualité de partie au traité à l'égard de l'Etat 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'Etat qui fait objection et l'Etat qui a formulé la réserve, sauf intention contraire exprimée par l'Etat qui fait objection» (139).

53. Ainsi se trouve consacré le lien entre le principe de la compatibilité entre l'objet et le but du traité - promu au rang de véritable «critère», contrairement à la position initiale de Waldock (140) -, et l'effet des objections aux réserves.

54. De ce fait, le système purement consensuel retenu par Sir Humphrey se trouvait altéré par l'inclusion d'un critère éminem-

(134) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 14^{ème} session (A/5209), A.C.D.I., 1962, vol. II, p. 199.

(135) De trois, les projets d'articles proposés par Waldock passèrent à cinq, ce qui correspond à la structure actuelle des articles 19 à 23 de la Convention de Vienne.

(136) Les projets d'articles 18 à 22 adoptés par la C.D.I. en première lecture assortis de commentaires, figurent dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 14^{ème} session (A/5209), préc. note 134, pp. 194-201.

(137) *Ibid.*, p. 197.

(138) *Ibid.*, p. 194.

(139) Projet d'article 20, § 2 b); *ibid.*

(140) Voy. *supra*, § 47

ment subjectif sans que le rôle respectif de l'un et de l'autre soit clairement défini et alors même que la Commission, dans son commentaire, reconnaissait que «[l]e critère de la 'compatibilité avec l'objet et le but du traité' [...] est, dans une certaine mesure, matière à appréciation subjective» et qu'«[i]l s'ensuit nécessairement qu'il peut y avoir divergence d'interprétation sur la compatibilité d'une réserve donnée avec l'objet et le but d'un traité déterminé» (141). Cette ambiguïté, qui n'a jamais été complètement levée, a été source de maintes discussions par la suite et d'un certain nombre de difficultés mais elle a sans doute permis l'adoption du système et est même peut-être l'explication de son relatif succès.

55. En dépit de cette ambiguïté — ou peut-être grâce à elle! — le projet de la Commission fut favorablement accueilli lors des débats de l'Assemblée générale (142). 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.

La position finale de la C.D.I. — le projet de 1966

56. Il reste cependant que des aménagements non négligeables furent apportés au projet en seconde lecture à la suite du quatrième rapport que Sir Humphrey Waldock présenta à la Commission en 1965 (143), dans lequel il proposait la révision du projet d'articles compte tenu des observations des gouvernements (144).

57. Bien qu'avec des nuances, il est certain que, dans l'ensemble, ceux-ci ont approuvé le système «souple» retenu par la Commission en 1962 et Waldock était certainement fondé à considérer que :

«S'ils critiquent certains aspects des propositions de la Commission, les gouvernements qui ont présenté des observations [...] paraissent, dans l'ensemble,

(141) Rapport de la C.D.I. (1962) (A/5209) préc. note 134, p. 200.

(142) Voy. Assemblée générale, Documents officiels, 17^{ème} session, Sixième Commission, 736^{ème} à 744^{ème} séances (A/C.6/SR.736 à 744), pp. 12-56 et doc. A/5287, §24.

(143) A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *A.C.D.I.* 1965, vol. II, pp. 47-60 (articles 18 à 22). Sur ce rapport et son examen par la Commission, voy. J.M. RUDY, *op. cit. supra* note 3, pp. 171-175.

(144) Outre les observations des gouvernements (A/CN.4/175 et Add.1 à 5 et A/CN.4/182 et Add.1 à 3), la Commission disposait des documents suivants : «Résolutions de l'Assemblée générale intéressant le droit des traités», memorandum préparé par le Secrétariat (A/CN.4/154, *A.C.D.I.* 1963, vol. II, pp. 18-28, §§106 à 124) et «Pratique suivie par les dépositaires au sujet des réserves», rapport du Secrétaire général (A/5687, *A.C.D.I.* 1965, vol. II, pp. 79-114 (Annexes I. Questionnaire adressé aux dépositaires. II. Exemples de clauses relatives aux réserves dans des conventions conclues sous les auspices des Nations Unies. III. Résolutions de l'Assemblée générale fixant la pratique à suivre par le Secrétaire général au sujet des réserves).

approuver la décision prise par la Commission de chercher à résoudre le problème des réserves aux traités multilatéraux en partant du système souple qui est exposé dans les articles 18 à 20, tels qu'ils sont actuellement rédigés» (145).

58. Il n'en est pas moins indéniable que les gouvernements se sont montrés perplexes sur le rôle exact du critère de la compatibilité de la réserve avec le but et l'objet du traité dans le mécanisme globalement consensuel retenu par la Commission (146). Leurs observations relèvent cependant de considérations extrêmement différentes qui les ont conduits à des conclusions souvent opposées, les uns reprochant à ce critère de restreindre abusivement le droit de formuler des réserves, d'autres le trouvant trop vague ou inutile, d'autres encore souhaitant qu'il soit renforcé et, si possible, «objectivisé».

59. Face à ces divergences, le Rapporteur spécial maintint fermement le principe retenu par la Commission en faisant valoir, d'une part, qu'une réserve incompatible avec le but et l'objet du traité serait contraire au principe de bonne foi et, d'autre part, qu'il était peu probable que ce critère «ait pour effet de réduire, de façon sensible, la participation aux traités multilatéraux» (147). En conséquence, il proposait une nouvelle rédaction pour le paragraphe 1 du projet d'article 19 qui se bornait à réaffirmer de façon positive le principe énoncé en 1962 :

«En cas de silence du traité sur la question des réserves, des réserves peuvent être présentées à condition d'être compatibles avec l'objet et le but du traité ...» (148).

60. Le nouveau projet proposé par le Rapporteur spécial pour le paragraphe 4 de cette disposition se lisait ainsi :

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

b) L'objection faite à une réserve par l'une quelconque des parties empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'Etat qui fait objection et l'Etat auteur de la réserve» (149).

(145) Quatrième rapport, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 52.

(146) Voy. *supra* §54.

(147) Quatrième rapport, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 54.

(148) *Ibid.* pp. 53 et 57.

(149) *Ibid.* pp. 53 et 57-58.

Il s'agit là d'une évolution significative puisqu'une «déconnexion» est opérée entre les objections aux réserves et le critère de l'objet et du but : condition de la validité 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'Etat qui joint une réserve à son adhésion et de l'Etat qui estime devoir y faire une objection» (150).

61. Pour le reste, les changements proposés par le Rapporteur spécial étaient relativement mineurs (151) et seront, le cas échéant, évoqués à l'occasion des commentaires détaillés propres à chacun des articles 19 à 23 de la Convention.

62. Sous réserve d'ultimes adaptations rédactionnelles en 1966 (152), le texte définitif des articles relatifs aux réserves (153) fut adopté par la C.D.I. en 1965, bien que le commentaire définitif n'ait été publié que l'année suivante avec l'ensemble du projet (154). La Commission ne revint pas sur l'économie générale du projet et le système «souple», retenu en 1962, ne fut pas remis en cause. En revanche, à la suite de longs et difficiles débats (155), des modifications importantes furent apportées aux nouvelles propositions du Rapporteur spécial.

63. Les deux changements les plus notables sont les suivants :

1° L'article 16, dorénavant limité à la «formulation des réserves», fait de la compatibilité avec l'objet et le but du traité l'une des

(150) C.I.J., *Rec. 1951*, p. 24; italiques ajoutées - voy. *supra*, §22. Pour une analyse rigoureuse des différences entre l'avis de 1951 et le système retenu par la Commission, voy. J.K. KOH, *op. cit. supra* note 36, pp. 88-95.

(151) Sous réserve cependant d'une clarification suggérée par le gouvernement danois (voy. *ibid.*, pp. 34-38) qui conduisit à une réorganisation générale des projets d'articles : le titre et le contenu des trois premiers articles furent modifiés de façon à distinguer nettement le cas des «traitements autorisant ou interdisant les réserves» (article 18) de ceux «qui gardent le silence sur la question des réserves» (article 19). L'article 20 portant sur la «procédure applicable aux réserves», le titre des articles 21 («Application des réserves») et 22 («Retrait des réserves») demeurant inchangé.

(152) *A.C.D.I.*, 1966, vol. I, 887^{ème} et 893^{ème} séances, 11 et 18 juillet, pp. 324 et 362.

(153) Ces articles furent renumérotés ainsi : Article 16 («Formulation de réserves»); Article 17 («Acceptation des réserves et objections aux réserves»); Article 18 («Procédure relative aux réserves»); Article 19 («Effets juridiques des réserves»); Article 20 («Retrait des réserves»).

(154) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 18^{ème} session (A/6309/Rev.1), *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, pp. 206 et 220-228.

(155) *A.C.D.I.*, 1965, vol. I, 796^{ème} à 801^{ème}, 813^{ème}, 814^{ème} et 816^{ème} séances, pp. 157-195, 287-298 et 308-310.

conditions générales auxquelles le droit de formuler une réserve est subordonné (156) conformément au principe retenu par l'avis consultatif de 1951. Toutefois l'ambiguïté relevée plus haut (157) est loin d'être levée puisque, dans son commentaire, la Commission fait valoir que :

«l'admissibilité ou la non-admissibilité d'une réserve relevant du paragraphe c [qui énonce la condition de la compatibilité] dépend largement, dans tous les cas, de la mesure dans laquelle les autres Etats contractants la jugent acceptable. Il faut donc lire ce paragraphe en ayant présentes à l'esprit les dispositions de l'article 17 relatives à l'acceptation des réserves et aux objections faites aux réserves» (158).

2° Une précision est introduite dans l'alinéa 4.d) de cet article 17 qui dispose que :

«L'objection faite à une réserve par un autre Etat contractant empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'Etat qui a formulé l'objection et l'Etat auteur de la réserve, à moins que l'intention contraire n'ait été exprimée par l'Etat qui a formulé l'objection» (159).

C'était ouvrir la porte à la possibilité pour l'Etat auteur de la réserve et pour l'Etat objectant d'être néanmoins liés par le traité. Du même coup, la Commission confirmait (160) qu'une objection n'était pas nécessairement motivée par l'incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but traité (161).

(iii) *Les innovations de la Conférence de Vienne*

64. Bien qu'en définitive les dispositions adoptées retiennent largement les propositions de la Commission, il n'est pas abusif de considérer que la question des réserves fut, avec celles de la clause «tout Etat» et du *jus cogens*, à l'origine de l'un des principaux débats qui opposèrent les Etats participants et auxquels la Conférence consacra le plus de temps (162).

(156) Rapport de la C.D.I. (1966) (A/6309/Rev.1), préc. note 154, p. 220.

(157) Voy. *supra*, §54.

(158) Rapport de la C.D.I. (1966) (A/6309/Rev.1), Rapport préc. note 154, p. 225.

(159) *Ibid.*, p. 221 (italiques ajoutées).

(160) Voy. *supra*, §60.

(161) [D]es objections sont parfois faites aux réserves pour des raisons de principe ou de politique, sans que l'Etat en question ait eu l'intention de faire obstacle à l'entrée en vigueur du traité entre l'Etat qui formule l'objection et l'Etat auteur de la réserve (Rapport de la C.D.I. (1966) (A/6309/Rev.1), préc. note 154, p. 226).

(162) Voy. Doc. off., C.R.A., 1^{ère} sess., pp. 116-150; *ibid.*, 2^{ème} sess., pp. 1-47, 191-192 et 235-236. Voy. aussi Rapports de la Commission plénière, A/CONF 39/14, Doc. off. conf., 1^{ère} et 2^{ème} sess., A/CONF 39/11/Add 2, pp. 121-123, 143-153 et A/CONF 39/15, *ibid.*, pp. 257-258; et les propositions et amendements présentés en séance plénière de la Conférence, pp. 285-287. Voy. en

65. Fruit d'une lente maturation, le projet de la C.D.I. consacrait le triomphe du système «souple» (ou «flexible») sur le principe de l'unanimité et l'encadrait d'une manière globalement satisfaisante en dépit d'ambiguïtés et de lacunes persistantes. Il ne donnait cependant pas toute satisfaction aux tenants de la «souveraineté absolue» (163), surtout l'U.R.S.S. et ses amis, qui obtinrent à Vienne de nouvelles et importantes satisfactions (164).

66. Bien que, durant la Conférence, certains Etats eussent exprimé leur préférence en faveur non pas du système traditionnel mais d'un contrôle plus poussé des réserves et aient même présenté des amendements en ce sens, le texte finalement adopté non seulement entérine le système «souple» mais encore en accroît même la flexibilité sur quelques points importants. Ainsi :

- la Conférence adopta un amendement d'origine polonaise (165) à l'article 19, alinéa b) (166), visant à autoriser, le cas échéant, des réserves supplémentaires à un traité énumérant certaines réserves tacites si cette énumération n'est pas limitative; l'alinéa c) fut également modifié en conséquence; et,
- surtout, à la suite d'un amendement soviétique (167), la présomption posée par l'article 17, paragraphe 4.b), du projet de la C.D.I. (168) fut inversée dans l'article correspondant (169) de la Convention qui adopte le principe selon lequel l'objection à une réserve n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'Etat réservataire et l'Etat objectant, sauf si celui a «nettement exprimé» l'intention contraire; l'article 21, paragraphe 3, fut également modifié en conséquence. Curieusement, l'expert-consultant

outre le document de travail établi par le Secrétariat, «Compilation analytique des commentaires et observations présentés en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet d'articles sur le droit des traités» (A/CONF.39/5 (vol. I), *ibid.*, pp. 158-172.

(163) Voy. *supra*, § 18.

(164) Voy. not. : I. SINGLAIR, *op. cit. supra* note 3, pp. 61-63 ou K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 108, pp. 328-330. Pour une analyse des différences entre le projet de la C.D.I. et le texte de la Convention, voy. J. K. KOH, *op. cit. supra* note 36, pp. 95 et suiv.

(165) A/CONF.39/C.1/L.136, voy. Rapports de la Commission plénière (A/CONF.39/14). Doc. off. conf., préc. note 162, p. 145.

(166) Correspondant à l'article 16, alinéa b), du projet de la C.D.I. Voy. aussi *infra*, § 161.

(167) Voy. A/CONF.39/L.3, Doc. off. conf., préc. note 162, p. 135. Des amendements antérieurs dans le même sens (de la Syrie (A/CONF.39/C.1/L.97), de la Tchécoslovaquie (A/CONF.39/C.1/L.85) et de l'U.R.S.S. (A/CONF.39/C.1/L.115)) avaient auparavant été rejetés par la Commission plénière.

(168) Voy. *supra*, § 63.2.

(169) Article 20, § 4.b)

tant, Sir Humphrey Waldock, ne s'opposa pas à ce changement, pourtant loin d'être anodin, en considérant que «le seul problème qui se pose est de formuler la règle dans un sens ou dans l'autre» (170).

67. Il est sans doute permis de tirer les conclusions suivantes de la longue et tortueuse histoire des règles de Vienne relatives aux réserves :

- bien qu'il s'agisse d'un sujet de nature apparemment technique, le régime juridique des réserves est au cœur de controverses fondamentales liées à la procédure d'élaboration des traités et qui touchent à l'équilibre entre le souci des Etats de préserver leur souveraineté et les nécessités de la coopération internationale dans un monde à la fois divisé et interdépendant;
- le balancier entre ces deux préoccupations opposées a nettement penché, *in fine*, sous l'influence d'Etats éminemment «souverainistes», dans le sens d'une très large liberté à la fois de formuler des réserves et d'y faire objection;
- le difficile consensus acquis sur ce point l'a été au prix de lacunes et d'ambiguïtés, largement délibérées, qui expliquent sans doute l'attachement des Etats au «régime de Vienne».

2. - Un régime juridique controversé (171)

68. Comme l'écrivait Paul Reuter dans son dixième rapport sur le droit des traités conclus entre des Etats et des organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, «la question des réserves a toujours été une question difficile et controversée, et même les dispositions de la Convention de Vienne n'ont pas mis fin à toutes les difficultés» (172).

69. Tout en étant raisonnablement opérationnelles (173), les «règles de Vienne» n'ont, en effet, pas mis fin aux controverses - et d'abord au débat fondateur : faut-il encourager ou décourager les réserves ? Cette question, étroitement liée à l'opposition entre les

(170) Doc. off., C.R.A., préc. note 162, 10ème séance plénière, § 74, p. 36. L'amendement soviétique fut approuvé par 49 voix contre 21 avec 30 abstentions, *ibid.*, § 79, p. 37.

(171) Voy. A. PELLET, Deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/477/Add.1 chap. II. Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités? §§ 55-260.

(172) A/CN.4/341 et Add.1/Corr.1, A.C.D.I., 1981, vol. II, 1^{re} partie, p. 58, § 53.

(173) Voy. *infra*, §§ 129-134.

défenseurs de l'universalité du traité et ceux qui se polarisent sur son intégrité, en appelle une autre : doit-on appliquer à tous les traités un régime de réserves unique ou adapter celui-ci aux différentes catégories de conventions ? Les lacunes et les ambiguïtés des règles de Vienne laissent assez largement ces questions sans réponses.

a) *Pour ou contre les réserves ? Universalité contre intégrité du traité*

70. La question de l'utilité des réserves suscite des réponses contrastées fondées sur des réactions épidermiques. On est « pour » ou « contre » les réserves pour des raisons qui relèvent bien davantage de la « guerre de religion » que de considérations rationnelles : pour les uns, les réserves sont un mal absolu car elles portent atteinte à l'intégrité du traité ; pour les autres, au contraire, elles facilitent une adhésion plus large et sont, de ce fait, un facteur d'universalité.

71. Le débat – qui se polarise sur les réserves aux traités normatifs à l'exclusion de ceux qui prévoient des droits et des devoirs synallagmatiques pour les parties – est figé depuis l'avis de la C.I.J. de 1951 et ses termes ressortent remarquablement de l'opposition entre la majorité et les Juges dissidents dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide* :

« L'objet et le but de la Convention sur le génocide impliquent chez l'Assemblée générale et chez les Etats qui l'ont adoptée l'intention d'y voir participer le plus grand nombre possible d'Etats. L'exclusion complète de la Convention d'un ou de plusieurs Etats 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 » (174).

Au contraire, pour les Juges de la minorité,

« Il ne faut [...] pas s'attacher en premier lieu à réaliser l'universalité à n'importe quel prix. Ce qui présente une importance suprême, c'est plutôt l'acceptation d'obligations communes – de concert avec les Etats ayant des aspirations semblables – en vue d'atteindre un but élevé dans l'intérêt de l'humanité tout entière ; [...] Dans l'intérêt de la communauté internationale, il est préférable de renoncer à la participation à la Convention d'un Etat qui persiste, nonobstant les objections, à vouloir modifier les termes de la convention plutôt que de lui permettre d'en devenir partie contre la volonté de l'Etat ou des Etats qui en ont accepté toutes les obligations à titre irrévocable et inconditionnel » (175).

(174) Avis préc. note 18, p. 24

(175) Op. diss. commune préc. note 22, p. 47

« Ces conventions [multilatérales de caractère spécial] (176), en raison de leur nature et de la manière dont elles ont été élaborées, forment un tout indivisible ; par suite, elles ne doivent pas faire l'objet de réserves, car cela serait contraire aux fins qu'elles poursuivent, qui est l'intérêt général, l'intérêt social » (177).

72. Cette opposition, marquée, de points de vue, appelle trois remarques :

- elle se manifeste, dès l'origine de la controverse, à propos d'un traité de droits de l'homme par excellence, donc relevant de la sous-catégorie des traités normatifs à propos desquels le débat a rebondi récemment (178) ;
- les deux « camps » partent très exactement des mêmes prémisses (les buts poursuivis par la Convention dans l'intérêt de l'humanité tout entière) pour aboutir à des conclusions radicalement opposées (il faut/il ne faut pas accepter les réserves à la Convention) ;
- tout est dit dès 1951 ; le dialogue de sourds entamé alors s'est poursuivi pendant plus de cinquante ans sans discontinuer et sans que les arguments des uns et des autres aient fondamentalement évolué.

73. Brièvement résumées, les données, immuables, du problème, sont les suivantes (179).

74. Pour les uns, les réserves aux traités normatifs seraient néfastes car :

- les permettre reviendrait à encourager leur acceptation partielle (180),
- et une rédaction moins soigneuse puisque les Parties pourront, de toutes manières, moduler ensuite leurs obligations (181) ;

(176) Op. diss. du Juge Alvarez préc. note 53, p. 51.

(177) *Ibid.*, p. 53.

(178) Voy. *infra*, §§80-108

(179) Voy. par ex. le rapport de J.L. BRIERLY sur les réserves de 1951, A/CN.4/41, préc. note 95, pp. 3-4, §§11, 12 et 16 et le Rapport de la C.D.I. de la même année (A/1858), préc. note 22, p. 7, §26 ; voy. aussi J.K. GAMBLE, Jr., *op. cit. supra* note 10, pp. 372-373 ; B.T. HALAJCZUK, « Les conventions multilatérales entre l'universalité et l'intégrité », *R.D.I.*, 1960, pp. 38-50 et 147-158 ; P.H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, pp. 461-464 ; W.A. SCHABAS, « Reservations to Human Rights Treaties : Time for Innovation and Reform », *Ann. canadien D.I.*, 1995, pp. 40-41 ; *ibid.*, « Reservations to the Convention on the Rights of the Child », *H.R. Quarterly*, 1996, p. 473 ; GÉRARD TEROUX, « Remarques sur les réserves aux conventions de codification », *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 682-683.

(180) G.G. FITZMAURICE *op. cit. supra* note 30, pp. 17 et 19-20.

(181) *Ibid.*, p. 19.

- l'accumulation des réserves finit par vider ces traités de toute substance à l'égard de l'Etat réservataire (182)
- et, en tout cas, compromet leur fonction quasi-législative et l'uniformité de leur application (183) et «aboutit à diluer le traité collectif en une série d'engagements bilatéraux» en réduisant les rapports des Etats parties aux conventions multilatérales en un faisceau de relations bilatérales (184).

75. Pour les autres au contraire,

- les réserves sont un «mal nécessaire» (185), résultant de l'état actuel de la société internationale; elles «ne peuvent être qualifiées sur le plan moral; elles sont la traduction d'un fait: l'existence de minorités dont les intérêts sont aussi respectables que ceux des majorités» (186);
- elles sont d'autant plus acceptables qu'elles «ne sont pas irréversibles» (187);
- plus positivement, elles seraient «une condition essentielle de cette vie, de ce dynamisme» de la forme conventionnelle (188), favorisant à ce titre le développement du droit international (189)
- en facilitant la conclusion des conventions multilatérales (190)
- et en permettant à un nombre plus important d'Etats d'y devenir parties (191);

- car, en tout état de cause, mieux vaut une participation partielle que pas de participation du tout (192).

76. En réalité, tout est affaire de mesure, d'équilibre, et de circonstances. L'exigence d'universalité pousse à ouvrir aussi largement que possible le droit des Etats de formuler des réserves ce qui, bien évidemment, facilite la participation universelle aux traités. Toutefois, cette liberté des Etats de formuler des réserves ne saurait être illimitée. Elle se heurte à cette autre exigence, tout aussi impérative, de préserver ce qui fait l'essence même du traité. Il serait absurde, par exemple, de considérer qu'un Etat peut devenir partie à la Convention sur le génocide en excluant l'application des articles I^{er}, II et III, c'est-à-dire des principales dispositions substantielles de la Convention.

77. On peut aussi poser le problème en termes de consentement (193). Par définition même, le droit des traités est consensuel. «Le traité lie les Etats parce que ceux-ci ont voulu par lui être liés. Le traité est donc un acte juridique, mettant en œuvre des volontés humaines» (194). Les Etats sont liés *parce qu'ils* ont exprimé leur consentement à être liés. Ils sont libres de s'engager ou non et ils ne sont liés que par les obligations qu'ils ont acceptées librement et en toute connaissance de cause. «No State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable» (195). Ceci vaut tout autant pour les réserves: «The fundamental basis remains, that no state is bound in international law without its consent to the treaty. This is the starting point for the law of treaties, and likewise for our international rules dealing with reservations» (196). Comme l'a dit la C.I.J.:

(182) Cf. W. A. SCHABAS, «Reservations to Human Rights Treaties...», *op. cit. supra* note 179, p. 41.

(183) Cf., en matière de protection de l'environnement, G. G. STEWART, «Enforcement Problems in the Endangered species Convention - Reservations Regarding the Reservation Clause», *Cornell L. L. J.*, 1981, p. 438 et, quoique de manière nuancée, dans le domaine du désarmement, P. BONIFACE, *Les sources du désarmement*, Paris, Economica, 1989, p. 68.

(184) Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, t. I, *Introduction et sources*, Paris, Sirey, 1970, p. 121; voy. aussi p. 125; voy. aussi J. POLAKIEWICZ, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 82-83.

(185) *A.C.D.I.*, 1965, vol. I, p. 166 (R. Ago), voy. aussi, J. K. GAMBLE, JR., «The 1982 U.N. Convention on the Law of the Sea: A 'Midstream' Assessment of the Effectiveness of Article 309», *San Diego L. Rev.*, 1987, p. 628.

(186) Paul REUTER, Quatrième rapport sur la question des traités conclus entre Etats et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, *A/CN.4/285. A.C.D.I.*, 1975, vol. II, p. 39.

(187) J. GAUDREAU, «Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre», *R.I.C.R.*, mars 2003, p. 184.

(188) P. H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, p. 463.

(189) *Ibid.* p. 464.

(190) C. I. J., avis préc. note 18, *Rec. 1951*, p. 22; voy. aussi J. K. GAMBLE, JR., «Reservations to Multilateral Treaties - A Macroscopic View of State Practices», *op. cit. supra* note 10, p. 372.

(191) Cf. par exemple M. LACHS, «Le développement et les fonctions des traités multilatéraux», *R.C.A.D.I.*, 1957 II, tome 92, pp. 229-230.

(192) C'est ce que Fitzmaurice a appelé, pour la critiquer vigoureusement, «the half-a-loaf doctrine» («Reservations to Multilateral Conventions», *op. cit. supra* note 30, p. 17). En faveur de l'argument, voy. par exemples Ch. DE VISSCHER, *Theories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1970, pp. 292-293 ou P. H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, pp. 372 ou 438.

(193) Cf. le premier rapport de Hersch LAUTERPACHT sur le droit des traités dans lequel il explique que le problème du consentement constitue «une question étroitement liée, quoique indirectement, à celle du fondement intrinsèque des réserves...», *A/CN.4/63*, préc. note 3, p. 123 (le texte anglais est reproduit in *I.L.C.Y.*, 1953, p. 125).

(194) P. REUTER *op. cit. supra* note 6, pp. 20-21.

(195) Ch. TOMUSCHAT, *op. cit. supra* note 48, p. 466. Voy. en ce sens, par ex., C. P. J. I., arrêt du 17 août 1923, affaire du *Papeau Wimbledon*, Série A, n° 1, p. 25 ou C. I. J., avis consultatif du 11 juillet 1950, *Statut international du Sud-Ouest africain*, *Rec. 1950*, p. 139.

(196) W. W. BISHOP, Jr. *op. cit. supra* note 8, p. 255.

«Il est bien établi qu'un Etat 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» (197).

De même, dans l'arbitrage entre la France et le Royaume-Uni relatif au *Plateau continental de la mer d'Iroise*, le Tribunal a insisté sur le nécessaire respect du «principe du consentement mutuel» dans l'appréciation des effets des réserves (198).

78. Les règles applicables aux réserves doivent donc réaliser un double équilibre :

- entre les exigences de l'universalité et de l'intégrité du traité d'une part,
- entre la liberté du consentement de l'Etat réservataire et celle des autres Etats parties d'autre part,

étant entendu que ces deux «couples dialectiques» se recourent d'ailleurs en grande partie.

79. C'est à quoi tend, sans aucun doute, le «régime de Vienne». En partant d'une présomption en faveur de la validité des réserves (chapitre de l'article 19), en abandonnant le principe de l'unanimité (article 20, paragraphe 4) et en posant celui de l'acceptation tacite (article 20, paragraphe 5), la Convention de 1969 facilite la formulation des réserves et, par suite, une participation au traité aussi large que possible. En ouvrant largement la possibilité d'objecter et de moduler les effets de leurs objections aux autres Parties contractantes (articles 20; paragraphe 4.b), et 21), elle préserve la liberté du consentement de celles-ci. Et, en excluant les réserves incompatibles avec le but et l'objet du traité (article 19.c), elle garantit, sinon l'application *intégrale* de ses dispositions, du moins l'*intégrité* de son contenu essentiel. Au surplus - et, peut-être surtout -, les règles de Vienne, supplétives de volonté, ne s'appliquent qu'en l'absence de clauses spéciales, que les Parties demeurent toujours libres d'insérer dans le traité en vue d'y déroger ou de le préciser (199).

(197) C.I.J., avis préc. note 18, *Rec. 1951*, p. 21. Les auteurs de l'opinion dissidente formulent cette idée de manière encore plus ferme : «Le consentement des parties forme la base des obligations conventionnelles. Le droit régissant les réserves constitue seulement un cas particulier de ce principe fondamental, que l'accord des parties sur la réserve intervienne avant qu'elle soit énoncée, en même temps ou plus tard» *ibid.*, p. 32.

(198) Sentence du 30 juin 1977, *R.S.A.*, XVIII, pp. 171 et 172, §§60 et 61.

(199) Sur cet élément de souplesse, voy. not. A. AUST, *op. cit. supra* note 3, pp. 124-126; J.K. GAMBLE, Jr., *op. cit. supra* note 10, pp. 383-391; P.H. IMBERT, *op. cit. supra* note 3, pp. 162-230; Lord McNAIR, *op. cit. supra* note 22, pp. 169-173; J. POLAKIEWICZ, *op. cit. supra*

b) *Unité ou diversité du régime des réserves? La question des réserves aux traités de droits de l'homme*

80. Cet équilibre est cependant contesté par les tenants des «particularismes» de branches en droit international et, singulièrement, par les «droits-de-l'hommistes» (200) qui invoquent la spécificité des traités de droits de l'homme pour contester l'applicabilité du régime de Vienne aux réserves formulées à leur égard (201). A vrai dire, on retrouve ici les mêmes arguments que ceux avancés par les tenants de l'intégrité d'une part, de l'universalité de l'autre (202) - mais exprimés avec plus de virulence encore - tout le débat portant en réalité non sur l'adaptation du régime des réserves aux traités de droits de l'homme (203), mais tournant autour de la question de savoir si ceux-ci se prêtent à la *formulation* de réserves et quels sont les *pouvoirs des organes de contrôle* créés par ces traités en la matière.

(i) *L'(in)opportunité de la formulation de réserves aux traités de droits de l'homme*

81. Les auteurs qui sont hostiles, par principe, à la formulation de réserves aux traités de droits de l'homme font valoir que :

- il y aurait «une contradiction entre les deux expressions 'réserves' et 'droits de l'homme'. On conçoit mal qu'un Etat qui a accepté de se lier par un traité en cette matière n'ait pas tout fait pour être en mesure de remplir toutes ses obligations, [...] veuille encore se protéger par un 'domaine réservé'» (204);
- il serait «souhaitable, en principe, que les Etats acceptent la totalité des obligations [résultant de ces traités], car les normes rela-

note 184, pp. 83-90 et 101-104; R. RIQUELME CORTADO, *La reservas a los tratados. Formulación y ambigüedades del regimen de Viena*, Murcia, Universidad de Murcia, 2004, pp. 89-136.

(200) Sur cette notion, voy. A. PELLET, «Human Rightism' and International Law», *Italian Yb. of I. L.*, 2000, pp. 3-16.

(201) Celles-ci sont, en règle générale, plus nombreuses que celles faites aux traités conclus dans d'autres domaines - voy. not. B. CLARK, *op. cit. supra* note 11, pp. 316-320 ou W.A. SCHABAS, «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», *op. cit. supra* note 179, p. 42.

(202) Voy. *supra*, §§74et 75.

(203) Sur ce point, voy. *infra*, §§130-134.

(204) P.H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *Actes du cinquième colloque sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1982, p. 99 (également en anglais : «Reservations and Human Rights Convention», *II R.R.*, 1981, p. 28), voy. aussi M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, p. 16; les deux auteurs, qui se font l'écho de cette opinion ne la reprennent pas à leur compte.

- tives aux droits de l'homme sont l'expression juridique des droits essentiels que chacun doit pouvoir exercer en tant qu'être humain» (205);
- leur ratification assortie de réserves pourrait être pour l'Etat réservataire l'occasion d'améliorer à peu de frais son «image» internationale sans accepter réellement d'engagements contraignants (206).
82. En sens inverse, on remarque que :
- «La possibilité d'émettre des réserves peut encourager les Etats qui estiment avoir des difficultés à garantir tous les droits énoncés dans [les traités de droits de l'homme] à accepter néanmoins la plupart des obligations qui en découlent» (207);
 - «Indeed, it could be argued that there is a particular need for a margin of flexibility in respect of human rights treaties which tend to touch on matters of particular sensitivity to States ...» (208);
 - et tout particulièrement lorsque le dispositif conventionnel est assorti d'un mécanisme de contrôle qui assure une interprétation dynamique de l'instrument (209);
 - la formulation de réserves serait la preuve que les Etats prennent au sérieux leurs obligations conventionnelles

(205) Comité des Droits de l'homme, Observation générale n° 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 nov. 1994, §4. Voy. not. les commentaires de E.A. BAYLIS, «General Comment 24: Confronting the Problem of Reservations to Human Rights Treaties», *Berkeley J.L.*, 1999, pp. 277-329; C. REDGWELL, «Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment No 24(52)», *I.C.L.Q.*, 1997, pp. 390-412; R. HIGGINS, «Introduction», in, J.P. GARDNER (ed.), *Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out - Reservations and Objections to Human Rights Conventions*, Londres, B.I.C.L., 1997, pp. XVII-XXIX ou K. KORKELA, «New Challenges to the Regime of Reservations under the International Covenant on Civil and Political Rights», *E.J.I.L.*, 2002, pp. 437-477.

(206) Voy. R.P. ANAND, «Reservations to Multilateral Treaties», *Indian J.L.*, 1960, p. 88; P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, op. cit. supra note 3, p. 249 ou W.A. SCHABAS, «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», op. cit. supra note 179, p. 41.

(207) Comité des Droits de l'homme, Observation générale n° 24, préc. note 205, §4.

(208) C. REDGWELL, «Universality or Integrity?», op. cit. supra note 89, p. 279; voy. aussi P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», op. cit. supra note 204, pp. 102-103 (*H.R.R.*, 1981, p. 30). Thomas Giegerich montre combien le «*kultureller Relativismus*» («relativisme culturel») est fréquemment invoqué en matière de droits de l'homme («Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenzen von Vertragsgremien - Ein konstitutioneller Ansatz», *ZaoRV*, 1995, pp. 713-715).

(209) P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», op. cit. supra note 204, pp. 102-103.

- et leur donne la possibilité de mettre leur droit interne en harmonie avec les exigences de la convention tout en les obligeant à s'acquitter de l'essentiel des obligations prévues;
- d'autant plus que la mise en œuvre des traités de droits de l'homme prend du temps (210),
- et demande plus de moyens, notamment financiers, qu'il y paraît (211).

83. Dans les mêmes horizons de la doctrine, on fait valoir également que l'utilité des réserves en matière de droits de l'homme est attestée concrètement par le fait que fort peu de conventions conclues en ce domaine excluent les réserves (212) et qu'il y est fait recours même lorsque le traité est conclu dans un cercle restreint d'Etats (213). Il est également patent que les appels lancés périodiquement au retrait des réserves aux traités de droits de l'homme rencontrent un écho limité (214), ce qui paraît attester de l'utilité des réserves en la matière.

84. Les mêmes auteurs considèrent que, dans les faits, la portée des réserves aux traités normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme, est réduite (215), ce que conteste la doctrine hostile au recours aux réserves (216). Ici encore, tout est affaire d'appréciation et ceci ne fait guère que confirmer que toute réponse

(210) Cf. J. McBRIDE, «Reservations and the Capacity of States to Implement Human Rights Treaties», in J.P. GARDNER (ed.), op. cit. supra note 205, p. 122.

(211) Voy. *ibid.*, pp. 124-136.

(212) Voy. *infra*, §85.

(213) Comme le Conseil de l'Europe, cf. l'article 64 de la Convention européenne des droits de l'homme (voy. P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», op. cit. supra note 204, p. 119; (*H.R.R.* 1981, p. 38)).

(214) Cf. la réponse en date du 17 février 1994 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à la recommandation 1223 (1993) de l'Assemblée parlementaire, voy. aussi B. CLARK, op. cit. supra note 11, p. 288.

(215) Cf. M. COCCIA, op. cit. supra note 11, p. 34; J.K. GAMBLE, op. cit. supra note 10, pp. 372-394, *passim*; P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, op. cit. supra note 3, pp. 347 et suiv., et «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», op. cit. supra note 204, p. 105 (*H.R.R.* 1981, p. 31); D. SHELTON, «State Practice on Reservations to Human Rights Treaties», *Ann. canadien des droits de la personne*, 1983, pp. 205-234, *passim*, not. pp. 225-227; M.G. SCHMIDT, «Reservations to United Nations Human Rights Treaties - The Case of the Two Covenants», in, J.P. GARDNER (ed.), op. cit. supra note 205, pp. 33-34 ou Sir I. SINCLAIR, op. cit. supra note 3, p. 77.

(216) Cf. W.A. SCHABAS, «Reservations to Human Rights Treaties - Time for Innovation and Reform», op. cit. supra note 179, pp. 42 et 64; voy. aussi les inquiétudes exprimées par le Comité des Droits de l'homme, par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et par les Présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme (*infra*, §131).

objective à la question de savoir si les inconvénients des réserves à ces instruments l'emportent sur leurs avantages ou inversement est exclue.

85. La «vérité» est probablement intermédiaire et tout dépend des circonstances et de l'objet des dispositions concernées. Du reste, que les traités portent sur les droits de l'homme ou sur tout autre sujet, les négociateurs demeurent libres d'écarter le régime de Vienne si et quand bon leur semble. S'ils estiment que le traité ne se prête pas à la formulation de réserves, il suffit qu'ils y insèrent une clause expresse les excluant, hypothèse que l'article 19.a) envisage du reste expressément. Il est cependant remarquable que de telles dispositions soient fort rares dans les traités de droits de l'homme (217).

(ii) *L'adaptation du régime de Vienne aux réserves aux traités de droits de l'homme*

86. La rareté des clauses prohibitives s'explique par l'adaptation du régime de droit commun prévu par les Conventions de Vienne et qui s'applique dans le silence, fréquent, des traités sur les réserves. Un autre phénomène, tout à fait frappant conduit également à cette conclusion; il s'agit de l'extrême diversité des clauses de réserves qui sont insérées, le cas échéant, dans les traités de droits de l'homme. En effet, si ces instruments impliquaient, par nature, un régime particulier de réserves, distinct de celui applicable aux autres types de traités, on pourrait s'attendre à ce que les Parties y recourent, sinon toujours, du moins fréquemment; or il n'en est rien: lorsqu'elles existent, les clauses de réserves figurant dans ces traités, y compris dans les traités de droits de l'homme, frappent au contraire par leur très grande variété (218). Ces indices de l'accep-

(217) Voy. cependant, par exemples, la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage du 7 septembre 1956 (Article 9), la Convention sur la discrimination dans le domaine de l'enseignement du 14 décembre 1960 (article 9, §7), le Protocole 6 à la Convention européenne des Droits de l'homme sur l'abolition de la peine de mort du 25 avril 1983 (article 4) ou la Convention européenne contre la torture du 26 novembre 1987 (article 21) qui, tous, interdisent toute réserve à leurs dispositions. Il arrive que les clauses de réserves des traités de droits de l'homme renvoient aux dispositions de la Convention de Vienne sur les réserves (cf. l'article 75 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme) – ce que font implicitement les conventions qui ne comportent aucune clause de réserve – ou en reprennent les termes (cf. les articles 28, §2 de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ou 51, §2, de la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant).

(218) Voy. en ce sens: P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, op. cit. supra note 3, pp. 193-196 ou W.A. SCHABAS, «Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: Is the United States Still a Party?», *Brooklyn J. of I. L.*, 1995, p. 286

tabilité du régime de Vienne sont confirmés si l'on confronte les particularités prêtées aux traités de droits de l'homme aux caractéristiques essentielles de ce régime.

87. Pour établir le contraire, on affirme que le régime de Vienne :
- porterait atteinte à l'intégrité des règles qui y sont énoncées, dont la mise en œuvre uniforme est essentielle pour la communauté des Etats contractants;
 - serait incompatible avec l'absence de réciprocité dans les engagements pris par les Parties en vertu de ces instruments; et
 - ne préserverait pas l'égalité entre celles-ci.

88. Ces arguments ne résistent guère à l'examen (219) :

1° Par définition même, une réserve « vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité » (220); dès lors le seul moyen de préserver complètement cette intégrité est d'interdire purement et simplement toute réserve (ce qui est parfaitement compatible avec la Convention de 1969) – mais il est significatif que les auteurs des conventions de droits de l'homme le fassent rarement (221): on peut en déduire qu'ils n'estiment pas devoir les exclure et entendent s'en remettre aux règles générales, qui en préservent l'objet et le but. Quant à prétendre, comme l'a fait le Comité des Droits de l'homme dans sa célèbre mais discutée (222) Observation générale n° 24, que la validité des réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme devrait être appréciée différemment au prétexte qu'il s'agit de « protéger les personnes relevant de la juridiction des Etats » (223), il s'agit là d'une simple pétition de principe: implicitement, le Comité part du postulat que les traités de droits de l'homme ont un caractère législatif, non seulement au sens matériel – ce qui, avec certaines nuances, est peut-être acceptable – mais aussi au sens formel, ce qui ne l'est certainement pas et relève d'un amalgame fort discuté: même s'ils « visent à

(219) Pour une discussion plus détaillée, voy. A. PELLET, Deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/477/Add.1, chap. II: Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités?, §§136-162.

(220) Article 2.1.d) de la Convention de 1969.

(221) Voy. supra, §§85 et 86.

(222) Voy. not. les critiques très vives formulées par les Etats-Unis (*Rapport du Comité des Droits de l'homme à l'Assemblée générale*, 1995, A/50/40, vol. I, p. 147), le Royaume-Uni (*ibid.*, p. 151) et la France (*ibid.*, 1996, A/51/40, vol. I, pp. 105-108).

(223) Observation générale n° 24 préc. note 205, §8.

protéger les personnes», ils demeurent des traités; certes, ils bénéficient directement à des particuliers; mais seulement parce que et après que les Etats ont exprimé leur volonté à cette fin. Or les réserves éventuelles sont consubstantielles à ce consentement.

2° Il n'est pas douteux que, les obligations résultant des traités de droits de l'homme «ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiètements des Etats contractants, plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers» (224). Ces prémisses sont en grande partie exactes (même si la réciprocité n'est pas totalement absente des traités de droits de l'homme (225)); mais, si elles peuvent peut-être conduire à penser que les réserves aux traités de droits de l'homme devraient être prohibées ou admises de manière restrictive – ce qui dépend de la seule décision des Parties contractantes –, il est fort douteux qu'il résulte de cette particularité une inapplicabilité de principe du régime des réserves. Tout au plus peut-on en déduire que, lorsqu'un Etat formule une réserve à une disposition d'un traité qui doit s'appliquer sans réciprocité, les dispositions de l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne trouvent pas à s'appliquer; rien de plus. Mais, si ce n'est par «décret doctrinal», la réciprocité n'est pas une fonction inhérente à un régime de réserves dont elle ne constitue nullement l'objet. La conciliation entre intégrité et universalité du traité est réalisée par la préservation de son objet et de son but, indépendamment de toute considération liée à la réciprocité des engagements des Parties et l'on ne voit pas pourquoi l'on réintroduirait par le biais des réserves une réciprocité que la convention exclut. Dans un cas de ce genre,

– les limitations mises par l'article 19 à la liberté de formuler des réserves conservent toute leur raison d'être;

(224) Commission européenne des Droits de l'homme, req. n° 788/60, *Autriche c. Italie*, décision sur la recevabilité, 11 janv. 1961 *Ann. C.E.D.H.*, 1961, p. 141; voy. aussi l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des Droits de l'homme (Arts. 74 et 75)*, avis consultatif OC-2/82 du 24 sept. 1982, *Série A*, n° 2, § 50 et, parmi une doctrine très abondante: A. CASSESE, «A New Reservations Clause (Article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.C.H.E.L., 1968, p. 258; B. CLARK, *op. cit. supra* note 11, p. 296; R. J. COOK, «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», *VaJIL*, 1990, p. 646; Th. GIEGERICH, *op. cit. supra* note 208, pp. 753-754.

(225) Voy. le commentaire de l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme (préc. note 205) par le Royaume-Uni, préc. note 222, p. 154, § 5.

– conformément à l'article 20, paragraphe 4.b), il est toujours loisible à un Etat objectant de refuser que le traité entre en vigueur entre lui-même et l'Etat réservataire;

– et même s'il n'en va pas ainsi, les objections ne sont pas dépourvues d'effet; elles peuvent en particulier jouer un grand rôle dans l'interprétation du traité tant par les organes qu'il institue éventuellement (226) que par des mécanismes extérieurs de règlement des différends (227), voire par des juridictions nationales.

3° Selon certains auteurs le régime de Vienne porterait également atteinte à l'égalité entre les Parties car «les Etats qui n'ont pas formulé de réserves sont tenus d'observer intégralement le traité, y compris les dispositions à l'application desquelles l'Etat réservataire s'est soustrait. Ce dernier se trouvera donc dans une situation privilégiée [...]. Or cette inégalité ne peut être compensée par des objections aux réserves, puisque de toute manière l'Etat objectant sera obligé de remplir toutes ses obligations, même s'il refuse d'être lié avec l'Etat réservataire» (228). Dans son premier rapport, sir Humphrey Waldock a contesté cet argument en faisant valoir qu'

«[e]n participant au traité compte tenu de sa réserve, l'Etat qui la formule se soumet du moins dans une certaine mesure au régime du traité. La situation de l'Etat qui ne formule pas de réserve n'est nullement aggravée si l'Etat qui a formulé une réserve devient partie au traité dans une mesure limitée, du fait de sa réserve» (229).

La réserve ne crée pas l'inégalité, elle l'atténue en permettant à son auteur, qui serait, sans elle, demeuré étranger au cercle des Parties contractantes, d'être partiellement lié par le traité. Une fois la réserve (230) formulée, les articles 19 et suivants des Conventions de

(226) Voy. en ce sens P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *op. cit. supra* note 204 et les exemples cités pp. 116-117 (*H.R.R.* 1981, pp. 37-38); voy. aussi: B. CLARK, *op. cit. supra* note 11, p. 318 ou W.A. SCHABAS, «Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights...», *op. cit. supra* note 218, pp. 313-314.

(227) Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des Droits de l'homme s'est fondée sur «[l]a réaction ultérieure de plusieurs Parties contractantes aux déclarations turques» pour considérer que la Turquie «n'ignorait pas la situation juridique créée par des déclarations qu'elle a jugées non-valides (arrêt du 23 mars 1995, *Série A*, vol. 310, p. 31-32, § 95).

(228) P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *op. cit. supra* note 204, p. 110; voy. aussi le Rapport de la C.D.I. (1951) (A/1858), préc. note 22, pp. 5-6, § 22.

(229) A/CN.4/144, préc. note 116, p. 73. Voy. aussi le Rapport de la C.D.I. (1962) (A/5209), préc. note 134, p. 224.

(230) Dont il ne faut pas oublier qu'elle est une déclaration *unilatérale* (article 21.d) de la Convention de 1969).

Vienne garantissent l'égalité des Parties contractantes en ce sens que :

- «La réserve ne modifie pas les dispositions du traité pour les autres Parties au traité dans leurs rapports *inter se*» (article 21, paragraphe 2); et que
- ces autres Parties peuvent formuler une objection et en tirer les conséquences (compatibles avec l'article 21 de la Convention) qu'elles jugent bonnes.

Or, en vertu de l'article 20, paragraphe 4, l'Etat objectant peut rétablir l'égalité qu'il estime menacée par la réserve, en empêchant l'entrée en vigueur du traité entre l'Etat réservataire et lui-même. Les deux Etats se retrouvent de ce fait dans la situation où ils auraient été si l'Etat réservataire n'avait pas exprimé son consentement à être lié par le traité (231).

89. Au surplus, tant l'argument fondé sur l'atteinte à l'égalité entre les Parties que celui tiré de la non-réciprocité sont difficilement compréhensibles en ce sens que l'on voit mal pourquoi et comment ils devraient trouver application s'agissant de traités qui, précisément, ne reposent pas sur la réciprocité des obligations des Parties mais constituent plutôt des faisceaux d'engagements unilatéraux tendant aux mêmes fins. Il est illogique de suggérer que chaque Partie contractante n'accepte de se lier que «parce que les autres feront de même, puisque ses obligations ne sont en rien la contrepartie de celles assumées par les autres» (232). Et il n'est pas peu paradoxal que ce soient précisément les auteurs qui insistent le plus sur le caractère non-réciproque des traités normatifs et, d'abord, des instruments de droits de l'homme, qui invoquent aussi l'atteinte à la réciprocité et à l'égalité qui résulterait de la formulation de réserves : comment des réserves pourraient-elles porter atteinte à la réciprocité... d'engagements non réciproques ?

90. Du reste, il ne fait aucun doute que le régime des réserves consacré par la Convention de 1969 a été conçu par ses auteurs comme pouvant et devant s'appliquer à tous les traités multilatéraux, quel que soit leur objet, aux seules exceptions de certains traités conclus entre un nombre restreint de Parties et des actes cons-

(231) Voy. *supra*, § 79.

(232) P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, op. cit. *supra* note 3, p. 372.

titutifs d'organisation internationale, pour lesquels des dérogations limitées ont été prévues par les paragraphes 2 et 3 de l'article 20 (233). Et l'absence de toute mention des traités de droits de l'homme (234) (et, plus généralement, de l'ensemble des traités normatifs - auxquels les remarques qui précèdent s'appliquent pleinement, notamment en matière d'environnement) - est d'autant plus significative que, d'une part, le système souple retenu par les auteurs de la Convention est directement issu de l'avis de la C.I.J. de 1951 (235), qui portait précisément sur un traité de droits de l'homme, et que, d'autre part, la C.D.I. puis la Conférence de Vienne se sont posé la question d'éventuelles exceptions (autres que les deux qu'elles ont expressément retenues (236)), pour y répondre par la négative.

91. Ainsi, dans son rapport de 1951 à l'Assemblée générale sur la question des réserves, la Commission a précisé penser

«que les conventions multilatérales diffèrent à tel point les unes des autres par leur caractère et leur objet que lorsque les Etats négociateurs ont omis de faire place, dans le texte d'une convention, à une clause relative à la responsabilité ou à l'effet des réserves, aucune règle unique d'application uniforme ne peut se révéler entièrement satisfaisante» (237).

Elle n'en conclut pas moins

«qu'il lui appartient de recommander, non pas une règle qui donne entièrement satisfaction, mais la règle qui lui paraît la moins mauvaise possible et pouvoir s'appliquer au plus grand nombre de cas» (238).

étant entendu que cette règle peut toujours être écartée puisque les Etats et les organisations internationales sont invitées à envisager «l'opportunité d'insérer dans ces conventions» des clauses de réserves (239).

92. Par la suite, la Commission

(233) Voy. *infra*, les commentaires de ces dispositions.

(234) «Rien dans la Convention de Vienne n'indique qu'un régime spécial s'appliquerait aux traités relatifs aux droits de l'homme ou à une catégorie particulière de traités incluant les traités relatifs aux droits de l'homme» (F. HAMPTON, «Réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme», Document de travail final, E/CN.4/SUB.2/2004/42, § 6).

(235) Voy. *supra*, §§ 16 à 55.

(236) Il n'est pas sans intérêt de relever que, lorsqu'elles l'ont estimé utile, la C.D.I. puis la Conférence de Vienne n'ont pas hésité à prévoir des règles particulières applicables à des traités portant sur des domaines spécifiques - cf. l'article 60 § 5 sur les «dispositions relatives à la protection de la personne contenues dans des traités de caractère humanitaire».

(237) Rapport de la C.D.I. (1951) (A/1858), préc. note 22, p. 7, § 28.

(238) *Ibidem*.

(239) *Ibid.*, § 33.

«a décidé [...] qu'il n'y avait pas de raisons suffisantes pour faire une distinction entre les divers types de traités multilatéraux exception faite de ceux conclus entre un petit nombre d'Etats et pour lesquels l'unanimité est la règle» (240).

93. Le problème a refait surface marginalement durant la Conférence de Vienne suite à un amendement des Etats-Unis proposant d'introduire le critère de la nature du traité parmi ceux à prendre en considération pour apprécier l'admissibilité d'une réserve (241). Appuyée par quelques Etats (242) et combattue par d'autres (243), cette proposition fut renvoyée au Comité de rédaction (244), qui la rejeta (245). De même, la Conférence ne semble pas avoir discuté les vues exprimées par l'O.M.S. selon laquelle l'article 19 du projet (246) devrait être «interprété comme autorisant la réciprocité dans la mesure seulement où celle-ci est compatible avec la nature du traité et de la réserve» (247).

94. Se fondant sur ces arguments, la C.D.I. a, dans ses «Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme» de 1997 (248), réaffirmé avec force l'unité du régime juridique fixé par les articles 19 à 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 :

«2. La Commission considère que, par sa souplesse et sa flexibilité, ce régime est adapté aux exigences de l'ensemble des traités, quel que soit leur objet ou leur nature, et réalise un équilibre satisfaisant entre les objectifs de préservation de l'intégrité du traité et d'universalité de la participation à celui-ci;

3. La Commission estime que ces objectifs valent tout autant s'agissant des réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme, et que, dès lors, les règles énoncées dans les Conventions de Vienne susmentionnées régissent les réserves à ces instruments» (249).

(240) Rapport de la C.D.I. (1966) (A/6309/Rev.1), préc. note 154, p. 225.

(241) A.CONF.39/C.1/L.126 et Add. 1, voy. Rapports de la Commission plénière (A/CONF.39/14), Doc. off. conf., préc. note 162, p. 145.

(242) Cf. Doc. off., C.R.A., préc. note 162 : Etats-Unis (pp. 118 et 141-142), Espagne (p. 119), ou Chine (p. 131).

(243) Cf. *ibid.* : Ukraine (p. 125), Pologne (p. 128), Ghana (p. 130), Italie (p. 131), Hongrie (p. 132), Argentine (p. 140), ou U.R.S.S. (p. 146).

(244) Voy. *ibid.* p. 147.

(245) Voy. la réaction des Etats-Unis, in Doc. off., C.R.A., préc. note 162, p. 37.

(246) Devenu l'article 21.

(247) *Compilation analytique des commentaires et observations présentés en 1966 et 1967 au sujet du texte définitif du projet d'articles sur le droit des traités*, A/CONF.39/5 (vol. 1), p. 170.

(248) Voy. *infra*, §144.

(249) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 49^{ème} session (A/52/10), A.C.D.I., 1997, vol II, 2^{ème} partie, p. 57.

95. Ces conclusions bien accueillies, dans l'ensemble, par les Etats lors de l'examen du rapport de la C.D.I. par l'Assemblée générale en 1997 (250), l'ont, en revanche, été très fraîchement par les principaux organes de droits de l'homme (251). Toutefois, leurs critiques ont porté bien davantage sur les positions prises par la Commission sur les compétences des organes de contrôle en matière de réserves que sur la réaffirmation de l'unité du régime des réserves.

(iii) *Les compétences des organes de contrôle en matière de réserves*

96. En effet, tout en reconnaissant que les organes de contrôle créés par les traités «ont compétence, en vue de s'acquitter des fonctions dont ils sont chargés, pour faire des observations et formuler des recommandations en ce qui concerne notamment la licéité des réserves émises par les Etats» (252), la C.D.I. soulignait «que cette compétence des organes de contrôle n'exclut pas ni n'affecte d'une autre manière les modalités traditionnelles de contrôle par les parties contractantes...» (253) et, surtout, elle notait

«en outre qu'en cas d'illicéité d'une réserve, il appartient à l'Etat réserva-taire d'en tirer les conséquences. L'Etat peut, par exemple, modifier sa réserve de manière à faire disparaître l'illicéité ou la retirer, ou encore renoncer à devenir partie au traité» (254).

97. C'est sur ce point que les organes de droits de l'homme ont réagi le plus négativement. La position de la C.D.I. visait en effet clairement à mettre le holà à une dérive, sinon «supranationale», du moins fort peu soucieuse du consentement étatique qui est à la base de tout engagement conventionnel (255), initiée par la Commission et la Cour européennes des Droits de l'homme et relayée par l'Observation générale n° 24 du Comité des Droits de l'homme.

98. Il n'est pas douteux que la création d'organes chargés de contrôler la bonne application du traité et dotés de pouvoirs soit de recommandation (au plan universel) soit de décision (au plan régional) constitue la grande innovation des conventions de droits de

(250) Voy. doc. A/C.6/52/SR.17 à 25.

(251) Voy. not. A. PELLET, Troisième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/491, §16, et Cinquième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4.508, §§10 à 15.

(252) Conclusions préliminaires préc. note 249, §5.

(253) *Ibid.*, §6.

(254) *Ibid.*, §10.

(255) Voy. *supra*, §77.

l'homme par rapport aux traités «classiques» et l'on doit admettre que ces organes ne pourraient s'acquitter des fonctions qui leur sont dévolues s'ils ne pouvaient s'assurer de l'étendue exacte de leurs compétences à l'égard des Etats concernés, que ce soit à l'occasion de l'examen de requêtes étatiques ou individuelles ou de rapports périodiques, ou encore dans l'exercice d'une compétence consultative; pour cela, il leur appartient d'apprécier la validité des réserves faites par les Etats parties aux traités les créant (256).

99. Toutefois, dans un premier temps, ces organes s'étaient montrés fort hésitants pour contrôler la validité des réserves faites par les Etats parties. Ainsi, en 1978, conformément à un avis juridique très ferme adressé au Directeur de la Division des Droits de l'homme par le Service juridique (257), le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a décidé :

«Le Comité doit tenir compte des réserves faites par les Etats parties au moment de la ratification ou de l'adhésion; il n'a pas autorité pour agir autrement. Une décision, même unanime, du Comité suivant laquelle une réserve ne serait pas acceptable ne pourrait avoir aucun effet juridique» (258).

Les autres organes universels de droits de l'homme ont adopté la même position jusqu'à la fin des années 1980 (259).

100. Au plan régional, les organes créés par la Convention européenne des Droits de l'homme ont, eux aussi, longtemps adopté une attitude attentiste et évité de prendre parti dans le débat qui opposait les spécialistes sur la question de savoir s'il leur appartenait de se prononcer sur la licéité des réserves à la Convention (260).

(256) Pour une présentation exhaustive de la position des organes de contrôle des traités de droits de l'homme, voy. D.W. GREIG, «Reservations: Equity as a Balancing Factor's», *Australian Yb. I.L.*, 1995, pp. 90-107; voy. aussi R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 345-353 et, s'agissant plus particulièrement des organes de la C.E.D.H., I. CAMERON and F. HORN, «Reservations to the European Convention on Human Rights: The Belilos Case», *G.Y.B.I.L.*, 1990, pp. 88-92.

(257) Memorandum du 5 avril 1976 (voy. not. le §8 dont les termes ont été presque intégralement repris par le Comité) reproduit in *A.J.N.U.*, 1976, pp. 227-228. Voy. aussi la Note du Secrétaire général, CERD/C/R.93.

(258) Rapport du Comité à l'Assemblée générale (A/33/18), §374. Voy. à ce sujet les observations de P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *op. cit. supra* note 204, pp. 125-126 (*H.R.R.* 1981, pp. 41-42) et D. SHELTON, *op. cit. supra* note 215, pp. 229-230.

(259) Sur la position du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, voy. not. B. CLARK, *op. cit. supra* note 11, pp. 283-289. Sur l'attitude initiale prudemment ambiguë, du Comité des Droits de l'homme, voy. not. M. SCHMIDT *op. cit. supra* note 215, p. 24.

(260) Voy. not. la controverse qui a opposé les professeurs Herbert Golsong (intervention au Colloque de Rome, 5-8 novembre 1975, *Actes du quatrième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1976, pp. 269-270 et «Les résér-

D'emblée, la Commission et la Cour ont considéré qu'elles devaient interpréter ces réserves et leur donner un sens utile (261), mais ces organes se sont gardés d'aller plus loin et même de laisser entendre qu'ils pourraient se livrer à un contrôle de validité.

101. Le tournant à cet égard est constitué par le Rapport adopté par la Commission le 5 mai 1982 dans l'affaire *Temeltasch* (262), dans lequel elle souligne

«que, même à supposer qu'une valeur quelconque puisse être accordée à une acceptation ou à une objection formulée à l'égard d'une réserve à la Convention, cela ne saurait exclure la compétence de la Commission de se prononcer sur la conformité avec la Convention d'une réserve ou d'une déclaration interprétative donnée» (263),

et, s'appuyant sur la «nature particulière» de la Convention, elle

«estime que le système même de la Convention lui confère la compétence d'examiner si, dans un cas concret, une réserve ou une déclaration interprétative a ou n'a pas été émise en conformité avec la Convention» (264);

en conséquence, la Commission, d'une part, qualifie de réserve la déclaration interprétative suisse relative à l'article 6, paragraphe 3.e), de la Convention (265) et, d'autre part, constate que celle-ci n'est pas conforme aux dispositions de l'article 64 de la Convention (266).

102. Six ans plus tard, par son arrêt *Belilos* du 29 avril 1988, la Cour de Strasbourg a fait sienne la position de principe de la Commission (267). A son tour, elle procède à la «requalification» en

aux instruments internationaux pour la protection des droits de l'homme» in Université catholique de Louvain, Quatrième colloque du Département des Droits de l'homme, 7 décembre 1978, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruyant, 1982) et Pierre-Henri IMBERT «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *op. cit. supra* note 204, not. pp. 111-114).

(261) Voy. par exemple les rapports de la Commission sur les requêtes n° 473/59 (*Ann. C.E.D.H.*, vol. 2, p. 405) et 1008/61 (*ibid.*, vol. 5, p. 87) et not. les extraits cités par P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 276-277.

(262) Requête n° 9116/80, rapport du 5 mai 1982, *Ann. eur. Droits H.*, vol. 25, voy. not. : G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des Droits de l'homme*, Paris, Economica, 1989, pp. 86-93; P.-H. IMBERT, «Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (Affaire *Temeltasch*)», *R.G.D.I.P.*, 1983, pp. 580-625 (également publié en anglais, «Reservations to the European Convention on Human Rights Before the Strasbourg Commission: The *Temeltasch* Case», *J.C.L.Q.*, 1984, pp. 558-595).

(263) Paragraphe 61.

(264) Paragraphe 65.

(265) Paragraphes 68 à 82. L'article 64 est devenu l'article 57 depuis l'entrée en vigueur du Protocole XI.

(266) Paragraphe 83 à 92.

(267) *Série A*, vol. 132, p. 1, voy. not. H.J. BOURGOIGNON, «The *Belilos* Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties», *VaJIL*, 1989, pp. 347-386; I. CAMERON and F. HORN, *op. cit. supra* note 256, pp. 69-129; G. COHEN-JONATHAN, «Les réserves à la Convention euro-

réserve d'une «déclaration interprétative» de la Suisse (relative à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention) (268) et estime que

«la déclaration litigieuse ne répond pas à deux des impératifs de l'article 64 de la Convention, de sorte qu'il échet de la réputer non valide» (269),

après avoir constaté que

«[l]a compétence de la Cour pour apprécier au regard de l'article 64 la validité d'une réserve ou, s'il échet, d'une déclaration interprétative n'a pas prêté à contestation en l'occurrence. Elle ressort tant des articles 45 et 49 de la Convention [...] que de l'article 19 et de la jurisprudence de la Cour (voir, en dernier lieu, l'arrêt *Ettl* et autres du 23 avril 1987, *Série A*, n° 117, p. 19, §42)» (270).

Depuis lors, la Commission et la Cour européennes des Droits de l'homme ont fait de cette jurisprudence une application presque routinière (271) et l'ont étendue aux réserves formulées par les Etats à leur propre compétence. Ainsi, dans sa décision du 4 mars 1991 concernant la recevabilité de trois requêtes dirigées contre la Turquie (272), la Commission a estimé que certaines restrictions à sa compétence formulées par l'Etat défendeur dans sa déclaration d'acceptation des requêtes individuelles au titre de l'article 25 n'étaient «pas autorisées par cet article» (273). Plus catégorique-

peenne des Droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988)». *R.G.D.I.P.*, 1989, pp. 273-314; R. W. EDWARDS, Jr., «Reservations to Treaties: The *Belilos* Case and the Work of the International Law Commission», *Toledo L. Rev.*, 2000, pp. 195-207; R. J. STUART MACDONALD, «Reservations Under the European Convention on Human Rights», *R.B.D.I.*, 1988, pp. 429-450 ou S. MARKS, «Reservations Unhinged: The *Belilos* Case Before the European Court of Human Rights», *I.C.L.Q.*, 1990, pp. 300-327.

(268) Paragraphes 40 à 49.

(269) Paragraphe 60; voy. les §§51 à 59.

(270) Paragraphe 50; dans le §42 de l'arrêt *Ettl*, la Cour avait fait application de la réserve de l'Autriche à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention et renvoyé à son arrêt *Rinçisen* (*série A*, n° 13, pp. 40-41, §98), qui se borne à tirer les conséquences de cette réserve, interprétée fort libéralement (en faveur de l'Etat).

(271) Voy. les affaires *Chrysostomos et as. c. Turquie* (Com.E.D.H., 4 mars 1991, *R.U.D.H.*, 1991, p. 193), *F. et M.L. c. Autriche* (Com. E.D.H., 6 septembre 1994), *Gradinger c. Autriche* (Com. E.D.H., 19 mai 1994; C.E.D.H., 23 oct. 1995, *série A*, vol. 328-C, p. 65, §51), *Loizidou c. Turquie* (préc. note 227), *Fischer c. Autriche* (C.E.D.H., 26 avril 1995, *série A*, vol. 312, pp. 18-20, §§36-42), *Stallinger et Kuso c. Autriche* (Com. E.D.H., 7 décembre 1995; C.E.D.H., 23 avril 1997, *Recueil*, 1997-II, pp. 678-679, §§40-49), *Pauger c. Autriche* (C.E.D.H., 28 mai 1997, *Recueil* 1997-III, pp. 902-903, §54), *Helle c. Finlande* (Com. E.D.H., 15 octobre 1996, C.E.D.H., 19 décembre 1997, *Recueil*, 1997-VIII, pp. 2925-2926, §§43-44) (concluant à la validité de la réserve), *Jius c. Lituanie* (Com. E.D.H., 11 septembre 1999; C.E.D.H., 31 juillet 2000, *Recueil*, 2000-IX, §§77-81) (concluant à la validité de la réserve), *Eisenstecken c. Autriche* (C.E.D.H., 3 octobre 2000, *Recueil*, 2000-X, §§21-30) ou *Kolb et autres c. Autriche* (C.E.D.H., 17 avril 2003, §59). Pour sa part, dans son troisième avis consultatif, rendu le 8 septembre 1983 dans l'affaire des *Restrictions à la peine de mort*, la Cour de San José a estimé que certaines réserves du Guatemala n'étaient pas admissibles (OC-3/83, 8 septembre 1983, *série A*, n° 3, texte français in *R.U.D.H.*, 1992, p. 298).

(272) *Chrysostomos et as.*, préc.

(273) Paragraphe 42.

ment, dans son arrêt *Loizidou* du 23 mars 1995 (274), la Cour de Strasbourg a jugé que «l'objet et le but du système de la Convention» (275) s'opposent à ce que les Etats limitent la portée de leurs déclarations au titre des articles 25 et 46 de la Convention par des déclarations ou des réserves, ce que confirme la pratique suivie par les Etats parties :

«Compte tenu de la nature de la Convention, du sens ordinaire des articles 25 et 46 dans leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but, ainsi que de la pratique des Parties contractantes, la Cour conclut que les restrictions *ratione loci* dont sont assorties les déclarations de la Turquie relatives aux articles 25 et 46 ne sont pas valides» (276).

103. C'est dans ce contexte que les organes de surveillance institués par les instruments universels relatifs aux droits de l'homme ont adopté une attitude beaucoup plus sourcilieuse à l'égard de la validité des réserves que celle, toute de prudence, qui leur était traditionnelle (277). Ceci est particulièrement frappant en ce qui concerne le Comité des Droits de l'homme qui, dans son Observation générale n° 24 (278), affirme qu'il lui

«incombe nécessairement [...] de déterminer si une réserve donnée est compatible avec l'objet et le but du Pacte, en partie parce que [...] cette tâche n'est pas du ressort des Etats parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme, et en partie parce que le Comité ne peut se soustraire à cette tâche dans l'exercice de ses fonctions. Afin de savoir jusqu'où va son devoir d'examiner dans quelle mesure un Etat s'acquitte de ses obligations au titre de l'article 40 ou d'examiner une communication soumise en vertu du premier Protocole facultatif, il doit nécessairement se faire une idée de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du Pacte et avec le droit international général. En raison du caractère particulier d'un instrument relatif aux droits de l'homme, la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du Pacte doit être établie objectivement, en se référant à des principes juridiques» (279).

104. Ces arguments sont inégalement convaincants. En réalité, ce n'est pas du fait de leur originalité - indiscutable par ailleurs - que les traités de droits de l'homme impliquent un contrôle de la licéité des réserves formulées à leur égard (280), par les organes de surveillance, mais, bien plutôt, de la «banalité» de ces organes : créés

(274) Préc. note 271.

(275) Paragraphe 75.

(276) Paragraphe 89; voy. les §§65 à 89.

(277) Voy. *supra*, §98.

(278) Préc. note 205.

(279) Paragraphe 18.

(280) Voy. *supra*, §§80-92.

par des traités, ils tiennent leurs compétences de ces instruments conventionnels et doivent s'assurer de l'étendue de celles-ci en fonction du consentement des Etats parties et des règles générales du droit des traités (281). Et c'est pour cette raison que, dans ses Conclusions préliminaires de 1997, la C.D.I. s'est ralliée sur ce point à la position des organes de droits de l'homme (282).

105. Beaucoup plus contestables sont les conséquences que ceux-ci entendent tirer des constatations qu'ils effectuent quant à la validité des réserves. Invoquant une prétendue doctrine de la «divisibilité» (283), les organes de contrôle estiment en effet que :

«La conséquence normale d'une réserve inacceptable n'est pas que le [traité] restera totalement lettre morte pour l'Etat auteur de la réserve. Une telle réserve est dissociable, c'est-à-dire que le [traité] s'appliquera à l'Etat qui en est l'auteur, sans bénéficier de la réserve» (284).

Par une décision en date du 2 novembre 1998, le Comité a fait application de ce principe :

«le Comité ne peut pas accepter une réserve qui vise expressément un groupe d'individus pour lui accorder une protection en matière de procédure moindre que celle dont bénéficie le reste de la population. De l'avis du Comité, cela constitue une discrimination qui va à l'encontre de certains principes fondamentaux consacrés dans le Pacte et les Protocoles s'y rapportant : pour cette raison, la réserve ne peut être déclarée compatible avec l'objet et le but du Protocole facultatif. La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif» (285).

(281) Voy. *supra*, §98.

(282) Voy. *supra*, §96. On peut peut-être considérer que cette pratique est suffisamment ferme pour être à l'origine d'une règle coutumière (en ce sens : M. RAMA-MONTALDO, «Human Rights Conventions and Reservations to Treaties», *Héctor Gros Espinell Amicorum Liber*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 1270-1272), les réactions, très négatives, des Etats-Unis, de la France et du Royaume-Uni à l'Observation générale n° 24 (voy. *supra*, note 222) jettent cependant un doute sur l'existence d'une *opinio juris* en ce sens, néanmoins, les critiques de ces trois Etats ont porté davantage sur les conséquences que le Comité entend tirer de son contrôle de la licéité des réserves que sur le principe même de celui-ci, ainsi : «[le Royaume-Uni] fait sienne l'analyse selon laquelle le Comité doit nécessairement être à même d'apprécier le statut et les effets d'une réserve lorsqu'il y est obligé pour pouvoir accomplir ses fonctions de fond en vertu du Pacte» (Commentaires *supra* note 222, §11).

(283) Qui repose sur une confusion entre la «divisibilité» des dispositions d'un traité - consacrée par l'article 44 de la Convention - et celle du consentement de l'Etat partie, qui n'a aucun fondement juridique ni logique (voy. A. Pellet, Deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/47/Add.1, §§220-230).

(284) Observation générale n° 24, préc. note 205, §18.

(285) Communication No 845/1999, *Raulo Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, CCPR/C/67/D/845/1999, Rapport du Comité des droits de l'homme pour 2000, A/55/40, vol. 2, annexe XI A, §67. Cette décision a conduit l'Etat en cause à dénoncer le Protocole facultatif (voy. *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général - Etat au 31 décembre 2003*, ST/LEG/SER/E/22, vol. 1, chap. IV 3, p. 227, note 3) ce qui n'a pas empêché le Comité, dans une décision ultérieure du 26 mars 2002, de considérer que Trinité-et-Tobago avait violé plusieurs dispositions du Pacte

106. Il existe cependant une différence importante entre la position de principe, générale et absolue, prise par le Comité des Droits de l'homme à propos du Pacte international des Droits civils et politiques dans son Observation générale n° 24 et celle des organes de Strasbourg qui, dans les affaires tranchées jusqu'à présent sont arrivés au même résultat mais après avoir recherché l'intention de l'Etat réservataire. Ainsi, dans l'affaire *Behilos*, la Cour européenne des Droits de l'homme a affirmé, dans un considérant laconique, qu'

«à n'en pas douter, la Suisse s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration» (286).

De même, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour a présumé que le Gouvernement turc ne pouvait «manquer d'avoir conscience» que ses déclarations restrictives risquaient d'être tenues pour inadmissibles pour estimer «que les restrictions dénoncées peuvent se dissocier du reste du texte, laissant intacte l'acceptation des clauses restrictives» (287).

107. Aussi artificielles qu'eussent été les déductions opérées par la Cour de Strasbourg, sur la base d'indices, pour le moins fragiles, de la volonté des Etats en cause, son raisonnement est certainement moins contestable dans son principe que la position militante adoptée par le Comité des Droits de l'homme dans l'Observation générale n° 24 (288) : en prétendant rechercher les intentions de l'Etat en cause, elle préserve au moins les apparences du consentement. Et, comme la position, juridiquement impeccable, de la C.D.I. (qui laisse à l'Etat réservataire le soin de tirer les conséquences d'une déclaration d'invalidité (289)), risque de poser de difficiles problèmes pratiques, il y a sans doute là une voie à explorer.

108. Au demeurant, et indépendamment des problèmes, mal résolus, du rôle des organes de contrôle dans sa mise en œuvre, le régime de Vienne est, par sa souplesse et sa flexibilité, applicable à tous les traités multilatéraux, normatifs ou synallagmatiques, quel que soit

de 1966 dont celle sur laquelle portait la réserve (CCPR/C/74/D/845/1998 (2002) Rapport pour 2002, A/57/40, vol. 2, pp. 150-158).

(286) Arrêt préc. note 267, §60.

(287) Arrêt préc. note 271, §§94 et 97.

(288) Voy. *supra*, §105. La décision de Trinité-et-Tobago de dénoncer le Protocole facultatif au Pacte de 1966 suite à la décision du Comité dans l'affaire *Raulo Kennedy* (voy. *supra*, note 285) montre en outre que les «effets boomerang» de cette position rigide peuvent être fort négatifs.

(289) Voy. *supra*, §94.

leur objet, y compris aux instruments relatifs aux droits de l'homme. A défaut d'assurer leur intégrité absolue, ce qui ne serait guère compatible avec la définition même des réserves, il préserve l'essentiel de leur contenu et garantit que celui-ci n'est pas dénaturé.

c) *Les lacunes et ambiguïtés du « régime de Vienne »*

109. Bien qu'elles constituent une incontestable réussite, les dispositions de la Convention de Vienne sur les réserves n'ont pas résolu tous les problèmes posés par cette institution juridique aussi indispensable que décriée, respiration nécessaire à la rigidité trop contraignante du principe *pacta sunt servanda*.

110. Comme l'a écrit le professeur Bruno Simma : «What we are looking for in the Convention is actually two different things : First, we want to know the conditions of the admissibility vel non of a reservation; second, if according to these rules a particular reservation is to be deemed inadmissible, we look for guidance as to the courses available to another contracting party which is unwilling to accept this state of things. Unfortunately, on both of these issues, our analysis of the Vienna Convention yields only partial and unsatisfactory results» (290). A ces deux grandes lacunes, s'en ajoutent d'autres, de moindre gravité, et pas mal d'ambiguïtés. Le présent commentaire n'est pas le cadre approprié pour dresser un panorama exhaustif des incertitudes que le régime de Vienne laisse subsister et dont plusieurs seront du reste soulignées dans les pages suivantes et qui ont fait, ailleurs, l'objet de présentations très complètes (291). Il suffit ici de mettre en évidence les «sources» et les motifs de ces déficiences, dont certaines ont été délibérées et sont peut-être un gage de réalisme.

111. La grande querelle doctrinale qui traduit les principales difficultés est celle qui oppose les tenants de ce que l'on a qualifié d'«école de la permissibilité» (292) par opposition à celle de

l'«opposabilité» (293). Du fait des implications pratiques considérables de ce débat – qui n'est pas dépourvu d'arrière-pensées politiques – il n'est pas inutile d'en donner un aperçu.

112. La question centrale, sur laquelle la Convention de Vienne ne jette guère de lumières, est de savoir si la validité des réserves est une question objective ou relève de l'appréciation subjective des autres États parties. Elle est exprimée dans les termes suivants par le professeur Derek Bowett :

«The issue of 'permissibility' is the preliminary issue. It must be resolved by reference to the treaty and is essentially an issue of treaty interpretation; it has nothing to do with the question of whether as a matter of policy, other Parties find the reservations acceptable or not. The consequence of finding a reservation 'impermissible' may be either that the reservation alone is a nullity (which means that the reservation cannot be accepted by a Party holding it to be impermissible) or that the impermissible reservation nullifies the State's acceptance of the treaty as a whole» (294).

113. Cette opinion, particulièrement autorisée, représente la quintessence des vues de l'école de la «permissibilité» (ou de la «licéité objective»). En revanche, pour les auteurs qui se réclament de l'école de l'opposabilité, dans le système retenu par la Convention de Vienne, «the validity of a reservation depends solely on the acceptance of the reservation by another contracting State». Dès lors, l'article 19.c) apparaît «as a mere doctrinal assertion, which may serve as a basis for guidance to States regarding acceptance of reservations, but no more than that» (295).

114. Pour les tenants de la thèse de l'opposabilité, les réponses aux questions relatives à la licéité des réserves, entièrement subjectives, se trouvent dans les dispositions de l'article 20 des Conven-

(290) B. SIMMA, «Reservations to Human Rights Treaties – Some Recent Developments», *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern – In Honour of his 89th Birthday*, La Haye/Londres/Boston, Kluwer, 1998, p. 662. Dans le même sens : L. SUCHARIFF-BEHREMAN, «The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», *A.R.I.F.L.*, 1996, p. 87. Pour une présentation particulièrement critique, voy. L. LIJZBAAD, *op. cit. supra* note 11, *passim*, not. p. 37.

(291) Voy. R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, 433 p., *passim*. Voy. aussi A. PELLET, Rapport préliminaire, A/CN.4/470, §§91-135.

(292) «Permissibility Schools» en anglais – mais le mot *permissibility* serait sans doute mieux rendu par le mot français «validité».

(293) Sur ces deux écoles, voy. not. J.K. KOH, *op. cit. supra* note 36, pp. 71-116, *passim*, not. pp. 75-77; voy. aussi C. REDGWELL, «Universality or Integrity?...», *op. cit. supra* note 89, pp. 243-282, not. pp. 263-269; R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 73-82 et I. SINCLAIR, *op. cit. supra* note 3, p. 81, note 78.

(294) D.W. BOWETT, «Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties», *B.Y.B.I.L.*, 1976-1977, p. 88.

(295) J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, p. 190. Pour des points de vue voisins, voyez J. COMBACAU, *Le droit des traités*, Paris, P.U.F. (coll. «Que sais-je ?»), 1991, p. 60 ou «Logique de la validité internationale logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités», *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement – Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, p. 200; G. GAJA, «Unruly Treaty Reservations», *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, pp. 313-320; P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 134-137; P. REUTER, *op. cit. supra* note 6, p. 74, ou K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 108, pp. 331-333.

tions de 1969 et 1986 : «The validity of a reservation depends, under the Convention's system, on whether the reservation is or is not accepted by another State, not on the fulfilment of the condition for its admission on the basis of its compatibility with the object and purpose of the treaty» (296). Au contraire, les partisans de la thèse de l'admissibilité tiennent pour acquis qu'une réserve non-valide n'est pas opposable aux autres Etats; dès lors, «the issue of 'opposability' is the secondary issue and pre-supposes that the reservation is permissible. Whether a Party chooses to accept the reservation, or object to the reservation, or object to both the reservation and the entry into force of the treaty as between the reserving and objecting States is a matter for a policy decision and, as such, not subject to the criteria governing permissibility and not subject to judicial review» (297).

115. Comme on le verra (298), la Convention de Vienne ne répond pas clairement aux questions qui sont à la base de ces divergences doctrinales. Au demeurant, on peut se demander si les analystes (299), en mettant l'accent sur les divergences entre les deux écoles, n'ont pas exagéré les oppositions existant entre elles. Elles partent, certes, d'une analyse divergente des articles 19 et 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 mais elles se retrouvent sur un certain nombre de positions communes, notamment parce que tous les tenants de l'une comme de l'autre thèse admettent qu'il existe une présomption en faveur de la licéité des réserves et entendent faire prévaloir la volonté des Etats contractants. Mais, selon la perspective retenue, on mettra l'accent sur la volonté initiale des négociateurs (permissibilité) ou sur la volonté ultérieure des Etats auteurs de réserves ou d'objections (opposabilité).

116. Ces controverses doctrinales ont des répercussions pratiques importantes en ce qui concerne le régime des objections aux réserves. Ainsi, par exemple, en vertu de la thèse de l'opposabilité, les organes de règlement des différends, juridictionnels ou non, devraient s'abstenir de se prononcer sur la licéité d'une réserve en l'absence d'objection par les autres Parties (300). A l'inverse, selon

la thèse de l'admissibilité, une objection à une réserve, incompatible avec l'objet et le but du traité ou interdite par celui-ci n'a aucun effet particulier, la réserve étant, en tout état de cause, nulle et non avenue.

117. Un autre problème que les écoles de l'admissibilité et de l'opposabilité résolvent de manière opposée est de savoir si, à la liberté de principe de formuler des réserves, correspond une faculté équivalente de faire des objections aux réserves. Ici encore, la Convention est muette et laisse la porte ouverte aux thèses les plus extrêmes. On peut, par exemple, soutenir qu'une objection n'est possible qu'à une réserve non-valide - c'est-à-dire que l'Etat qui objecte doit être guidé par la même règle que celui qui formule la réserve : la nécessité de préserver l'objet et le but du traité - ou, à l'inverse, que seule une réserve valide est susceptible d'objection puisque, par hypothèse, une réserve non-valide serait nulle.

118. Une objection ayant été formulée, la question se pose alors de savoir quel est son effet. La réponse donnée par l'article 21 de la Convention n'a que l'apparence de la clarté : non seulement l'article 21, paragraphe 1.a), ne semble pas, dans certains cas au moins, opérer de distinction entre les effets d'une réserve à l'égard d'un Etat qui l'accepte d'une part et d'un Etat qui y fait objection d'autre part (301), mais encore la Convention ne distingue pas entre les objections aux réserves valides d'un côté, et aux réserves qui ne le sont pas (302) de l'autre, semblant ainsi donner raison à l'école de l'opposabilité.

119. On peut cependant se demander si ces règles peuvent et doivent trouver application lorsque la réserve n'est pas valide - c'est-à-dire si elle est contraire aux dispositions du traité relatives aux réserves ou incompatible avec son objet et son but. En d'autres termes, l'objection peut-elle avoir pour résultat paradoxal de «couvrir» l'invalidité de la réserve et d'avoir, finalement, à la seule exception des dispositions exclues par la réserve, le même effet que l'acceptation, c'est-à-dire de faire de l'Etat auteur de la réserve une partie au traité par rapport à l'Etat qui a formulé l'objection ? Ceci revient

(296) J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, p. 190.

(297) D.W. BOWETT, *op. cit. supra* note 294, p. 88.

(298) Voy *infra*, §§170 et 254-256 et le commentaire de l'article 20, §§66-81.

(299) Voy *supra* note 292.

(300) Alors qu'en pratique, ce n'est pas le cas; voy *supra*, §§101-103.

(301) Voy *infra*, le commentaire de l'article 21, §§53 et 57.

(302) Cf. l'article 21, paragraphe 1.

à conférer à l'objection «une valeur comparable à celle d'une déclaration interprétative, en mettant les choses au mieux» (303).

120. Que l'objection soit faite à une réserve valide ou non, la question se pose d'ailleurs de savoir si le système du tout ou rien qui paraît résulter de la Convention doit être appliqué de façon rigide ou si, au nom du principe selon lequel «qui peut le plus peut le moins», l'Etat auteur de l'objection pourrait n'admettre l'entrée en vigueur entre lui-même et l'Etat auteur de la réserve que de parties déterminées du traité désignées par lui. Une telle solution poserait du reste une question supplémentaire : dans cette hypothèse, l'Etat auteur de la réserve serait-il tenu de se plier à la volonté de l'auteur de l'objection ou pourrait-il, à son tour, faire «objection à l'objection» ou refuser de considérer le traité comme étant en vigueur avec cet Etat ?

121. Ces interrogations ne sont pas pures spéculations et l'on a détecté «in treaty practice some attempts on the part of the objecting States to give to their objections some effects that are not equivalent to those pertaining to acceptance of reservations» (304), mais sans aller cependant jusqu'à exclure l'entrée en vigueur de l'ensemble du traité avec l'Etat auteur de la réserve.

122. Sans que la liste soit exhaustive, les principales incertitudes résultant des dispositions de la Convention en matière de réserves sont les suivantes (305) :

- i) quel est le sens exact de l'expression «compatibilité avec l'objet et le but du traité» ?
- ii) quand une convention doit-elle être considérée comme un traité multilatéral restreint (article 20, §2) ?
- iii) une réserve invalide est-elle nulle en elle-même et sa nullité entraîne-t-elle (ou non) celle de l'expression du consentement de l'Etat à être lié ?
- iv) une réserve non-valide est-elle nulle indépendamment des objections qui peuvent être faites ?

- v) les autres Etats ou organisations internationales contractants peuvent-ils accepter une réserve formulée en dépit des dispositions de l'article 19 de la Convention de Vienne ?
- vi) quels sont les effets d'une telle acceptation ?
- vii) si la non-validité d'une réserve a été constatée (par qui ?), l'Etat auteur de la réserve peut-il la remplacer par une autre réserve ou se retirer du traité ?
- viii) les Etats contractants sont-ils libres de formuler des objections indépendamment de la validité de la réserve ?
- ix) doivent-ils ou devraient-ils indiquer les motifs de leurs objections ?
- x) quels sont, précisément, les effets d'une objection à une réserve valide ?
- xi) et à une réserve non-valide ?
- xii) en quoi ces effets se distinguent-ils de ceux d'une acceptation de la réserve lorsque l'Etat auteur de l'objection n'exprime pas nettement l'intention que le traité n'entre pas en vigueur entre lui-même et l'Etat auteur de la réserve ?
- xiii) l'Etat auteur de l'objection peut-il, dans ce cas, exclure l'applicabilité d'autres dispositions du traité que celles qui sont visées par la réserve ?
- xiv) et l'Etat auteur de la réserve est-il tenu d'accepter de telles conclusions ?
- xv) quel est le sens exact de l'expression «dans la mesure prévue par la réserve» ?
- xvi) quels sont les effets des réserves sur l'entrée en vigueur du traité ?

Autant de questions auxquelles la Convention de Vienne ne donne pas de réponse ou répond de façon ambiguë alors même qu'elles peuvent poser, et posent, de réels problèmes pratiques.

3. - Statut coutumier et nouveaux travaux de la C.D.I.

123. Bien que l'élément «développement progressif» fût loin d'être négligeable dans les règles relatives aux réserves retenues par la Convention de Vienne, il n'est pas douteux que celles-ci ont, aujourd'hui, acquis, dans leur ensemble, un statut coutumier et les

(303) P. REUTER, *op. cit. supra* note 6, p. 75 - voy. *infra*, le commentaire de l'article 21, §57.

(304) G. GAJA, *op. cit. supra* note 295, p. 327. Voy. aussi R. W. EDWARDS, Jr., «Reservations to Treaties», *Michigan JI of I.L.*, 1989, pp. 399-400 ou K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 108, pp. 335-336.

(305) Cette liste reprend celle figurant dans A. PELLET, Rapport préliminaire, A/CN.4/479, §§124 et 130. Voy. aussi A. ACST, *op. cit. supra* note 3, p. 123.

Etats leur manifestent un attachement unanime. Il reste que leurs lacunes et ambiguïtés ont conduit l'Assemblée générale des Nations Unies à charger la C.D.I. de remettre la question sur le métier et d'élaborer un Guide de la pratique en matière de réserves dont l'objectif est précisément de combler ces lacunes et de lever ces ambiguïtés autant que faire se peut.

a) *Le statut coutumier du « régime de Vienne »*

124. Il n'est pas douteux que, lors de leur adoption, les règles de Vienne relatives aux réserves présentaient un caractère très largement de *lege ferenda*. Leur adoption, leur mise en œuvre systématique par les Etats et par les organes chargés de surveiller la mise en œuvre des traités de droits de l'homme (malgré les critiques de la doctrine), ont cependant consolidé ces règles dont le statut coutumier est, aujourd'hui, globalement, indiscutable.

125. La profonde division des Juges de la C.I.J. lors de l'adoption de l'avis de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* (306), les critiques doctrinales très vives dont celui-ci a fait l'objet (307), le ralliement tardif et hésitant de la C.D.I. au système flexible qui a fini par l'emporter sur la règle traditionnelle de l'unanimité (308) et les amendements considérables apportés *in extremis* au projet de la Commission par la Conférence de Vienne (309) le montrent sans ambages : les règles de Vienne relatives aux réserves sont le fruit de controverses qui témoignent de leur caractère largement de *lege ferenda* au moment où elles ont été adoptées (310).

126. Le rapport final de la C.D.I. n'est guère éclairant sur ce point : conformément à ses habitudes (311), la Commission n'opère

(306) Voy. *supra*, § 16.

(307) Voy. *supra*, § 30.

(308) Voy. *supra*, §§ 40-55.

(309) Voy. *supra*, §§ 64-67.

(310) En ce sens, voy. not. D.N. HYLTON, *op. cit. supra* note 3, p. 423.

(311) Voy. not. G. ABI-SAAB, «La Commission du Droit international, la codification et le processus de formation du droit international» in *Actes du colloque des Nations Unies sur le développement progressif et la codification du droit international - Pour un meilleur droit international : la Commission du Droit international à cinquante ans*, New York, Nations Unies, 1988, pp. 181-183; A. MAHIOU, «Rapport général» in S.F.D.I., colloque d'Aix-en-Provence, *La codification du droit international*, Paris, Pedone, 1999, pp. 17-20; Ch. TOMUSCHAT, «L'exemple de la Commission du Droit international», *ibid.*, p. 183 ou A. PELLET, «Responding to New Needs through Codification and Progressive Developments», in V. GOWLAND-DEBBAS (ed.), *Multilateral Treaty-Making: The Current Status of Challenges to and Reforms Needed in International Legislative Process*, La Haye, Kluwer, 2000, pp. 15-16.

pas de distinction entre ce qui relève, dans son projet d'articles, de la codification *stricto sensu* d'une part, du développement progressif du droit international d'autre part (312). La manière dont le commentaire général des articles relatifs aux réserves est rédigé (313), n'en donne pas moins l'impression qu'il existait deux possibilités, présentant, l'une et l'autre des avantages et des inconvénients, et que la C.D.I. a tranché en faveur du système «souple» davantage pour des raisons d'opportunité que parce que celui-ci correspondait à une «pratique générale, acceptée comme étant le droit» (314) même si, selon certains auteurs particulièrement qualifiés, «[l']élément de codification [...] semble toutefois prépondérant. [...] Dans la plupart de leurs dispositions, ces articles ne font que fixer la pratique en vigueur. Et lorsqu'ils apportent des nouveautés (parfois importantes) par rapport au droit antérieur, ils ne font que traduire une évolution qui est déjà entrée dans les faits» (315).

127. De toutes manières, on peut estimer que le passage du temps a rendu largement obsolète la question de savoir si les règles posées en 1969 en matière de réserves relevaient alors de la codification ou du développement progressif. D'une part en effet, la Convention a consolidé ou «cristallisé» des évolutions antérieures déjà largement amorcées (316). D'autre part et surtout, durant les vingt-six années «that have elapsed since the Vienna Convention was opened for signature, the rules regarding reservations stated in that treaty have come to be seen as basically wise and to have introduced desirable certainty» (317).

(312) Voy. l'avertissement général figurant en tête du projet : «on ne saurait pratiquement déterminer celle des deux catégories à laquelle appartient chaque disposition» (Rapport de la C.D.I. (1966) (A/6309/Rev.1), préc. note 154, p. 193, § 35).

(313) *Ibid.*, pp. 221-225, §§ 1) à 16).

(314) Même si la C.D.I. attire l'attention sur la pratique suivie par le Secrétaire général conformément aux résolutions de l'Assemblée générale (*ibid.*, p. 223, §§ 8) et 9)).

(315) P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 80. Dans le même sens, voy. not. M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, p. 13.

(316) Voy. R. R. BAXTER, «Treaties and Customs», *R.C.A.D.I.*, 1979-1 tome 129, p. 48.

(317) R.W. EDWARDS, JR., *op. cit. supra* note 304, p. 365; voy. aussi R. RIQUELME CORTADO *op. cit. supra* note 199, pp. 139-143; T.L. McDORMAN, «Reservations and the Law of the Sea Treaty», *Jl. Maritime L. and Commerce*, 1982, p. 499 ou L. LIJNZAAD, *op. cit. supra* note 11, qui concède a regret semble-t-il, que «though these provisions were progressive development rather than codification at the time of the drafting of the Vienna Convention, they have [been] by now accepted as the law to be applied to reservations» (p. 76).

128. Cette consolidation – partielle (318) – tient à plusieurs facteurs. En particulier, ces normes correspondaient certainement à l'état et aux besoins de la société internationale au moment où elles ont été adoptées et elles s'inscrivaient dans une tendance générale visant à conférer une souplesse et une ouverture accrues aux conventions multilatérales. Il est en outre significatif que, malgré les débats très âpres auxquels leur adoption a donné lieu, elles aient été adoptées à la quasi-unanimité par la Conférence de Vienne (319).

129. Ces considérations ont d'ailleurs conduit les Etats à se conformer largement à ces dispositions, qu'ils aient ou non ratifié la Convention (320) et même si, comme la France, ils ne l'ont pas signée (321). Bien que le contentieux en la matière soit moins abondant que les incertitudes du droit pourraient le donner à penser, les arbitres ou les juges internationaux qui ont eu à en connaître se réfèrent souvent expressément ou par implication aux dispositions de la Convention. Ainsi, le Tribunal arbitral appelé à trancher le différend franco-britannique relatif à la *Délimitation du plateau continental de la mer d'Iroise* n'a-t-il pas hésité à invoquer et à faire application des règles de la Convention (322), alors même qu'il avait convenu que les normes applicables étaient celles en vigueur dans les années 1965-1966 (323). De même, bien que la C.I.J. n'ait pas expressément consacré la nature coutumière des règles de Vienne relatives aux réserves, elle a, par ses ordonnances du 2 juin 1999

(318) Voy. *infra*, §135.

(319) Les articles pertinents ont été adoptés aux majorités suivantes : art. 19, 92 c. 4 et 7 abstentions; art. 20, 83 c. 0 et 7; arts. 21, 22 et 23, respectivement 94, 98 et 90 voix pour sans opposition ni voix contre (voy. Doc.Off., C.R.A., préc. note 162, pp. 32, 37, 38 et 41. Comme l'indique P.-H. IMBERT, «[l]e vote n'étant pas nominatif, il est impossible de savoir quels sont les Etats qui ont voté contre» l'article 19; l'Australie et le Japon avaient indiqué qu'ils s'abstiendraient (*Les réserves aux traités multilatéraux*, op. cit. supra note 3 p. 81, note 15).

(320) Voy. par exemples, pour le Royaume-Uni, les déclarations de Sir I. SINCLAIR in American Society of International Law, *Proceedings of the 78th Annual Meeting*, 1984, pp. 273 et 274 et, pour les Etats-Unis, celles de R.E. DALTON, *ibid.*, p. 278. Le *Third Restatement of Foreign Relations Law of the United States* (Saint-Paul, American Law Institute, 1987) reprend pour l'essentiel les règles de la Convention de 1969 en y ajoutant quelques précisions de façon à répondre aux besoins de la pratique interne des Etats-Unis, voy. à ce sujet (en ce qui concerne le *Second Restatement*) C. LOGAN PIPER, «Reservations to Multilateral Treaties: The Goal of Universality», *Iowa L. Review*, 1985, p. 317.

(321) Voy. F. COULEE et E. PAILLARD, «Pratique française du droit international – 2001», *A.F.D.I.*, 2001, p. 579 ou J.-F. LACHAUME, «Conseil d'Etat et réserves aux traités et accords internationaux», in *Apprendre à douter. Mélanges Claude Lombois*, Limoges. PULIM, 2004, p. 851.

(322) Sentence préc. note 198, not p. 172, §61.

(323) *Ibid.* pp. 160-161, §§37-38.

dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force* introduites par la Yougoslavie contre l'Espagne et les Etats-Unis, décidé 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 traité (324). Dans son arrêt sur les exceptions préliminaires dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*, la Cour a cependant expressément regardé la réserve rwandaise à la même disposition comme compatible avec le but et l'objet de la Convention sur le génocide (324bis).

130. Plus significative est la jurisprudence des organes de droits de l'homme qui, malgré leurs réticences supposées à l'égard du régime de Vienne, en font application sans états d'âme :

- dans son rapport dans l'affaire *Temeltasch* la Commission européenne des Droits de l'homme, a considéré que la Convention «énonce surtout des règles existant en droit coutumier et revêt essentiellement un caractère codificateur» (325);
- même le Comité des droits de l'homme, a, dans son Observation générale n° 24, considéré que, dans le silence du Pacte sur les droits civils et politiques, «[l]a question des réserves [...] est régie par le droit international» (326) et, pour le déterminer, il s'est expressément référé au paragraphe 3 de l'article 19 de la Convention; il est vrai qu'il affecte de n'y voir que des «orientations utiles» (327); mais il ajoute aussitôt, dans une note de bas de page :

«Bien que la Convention de Vienne sur le droit des traités ait été conclue en 1969 et soit entrée en vigueur en 1980, c'est-à-dire après le Pacte, ses dispositions reflètent dans ce domaine le droit international général qui avait déjà été affirmé par la Cour internationale de Justice dans l'avis rendu en 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*» (328);

(324) Voy. les §§32, 33 et 40 de l'ordonnance concernant l'Espagne (C.I.J., *Rec.* 1999, pp. 772 et 774) et les §§24, 25 et 34 de celle relative aux Etats-Unis (*ibid.*, pp. 924 et 926).

(324bis) Arrêt du 3 février 2006, §§67-68.

(325) Rapport précité note 262, §68; cette remarque n'est pas expressément spécifique aux dispositions de la Convention sur les réserves, mais le contexte donne à penser qu'elle les concerne tout particulièrement.

(326) Observation générale préc. note 205, §6.

(327) *Ibidem.*

(328) *Ibid.*, note 3.

et il fait application de cette disposition pour se prononcer sur l'admissibilité des réserves au Pacte en ajoutant :

« Bien que, contrairement à d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, le Pacte ne fasse pas expressément référence au critère de la compatibilité avec son objet et son but, la question de l'interprétation et [de] l'acceptabilité des réserves est régie par ce critère » (329),

témoignant ainsi de sa conviction du caractère coutumier de ce principe, central dans le régime de Vienne;

- quant à la Cour interaméricaine, elle est tenue de faire application de celui-ci en vertu de l'article 75 de la Convention de San José du 22 novembre 1969 (330), mais ce renvoi exprès est, par lui-même révélateur en ce qu'il établit que les règles de Vienne relatives aux réserves sont considérées par les Parties comme adaptées aux conventions de droits de l'homme.

131. Cette conviction semble être absolument générale. Ainsi, en 1994, les Présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont recommandé à ces organes

« de déclarer clairement que certaines réserves à des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont contraires à l'objet et au but de ces instruments et par conséquent incompatibles avec le droit des traités » (331);

il convient de noter que, ce faisant, ils se sont adressés indifféremment aux organes chargés de suivre la mise en œuvre de traités contenant ou ne contenant pas de clause de réserves, manifestant ainsi leur conviction que ce critère constitue un principe d'application générale.

132. Cette même conviction est attestée par la rédaction même des clauses de réserves figurant dans les instruments internationaux. En dépit de leur diversité, le souci constant de leurs rédacteurs de promouvoir un régime de réserves calqué sur celui de l'article 19 des Conventions de Vienne (332) est très frappant : non

(329) *Ibid.* § 6

(330) « Des réserves ne peuvent être faites à la présente Convention qu'en conformité avec les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités souscrit le 23 mai 1969 », sur cette clause voy. A.E. MONTALVO, « Reservations to the American Convention on Human Rights: A New Approach », *American U. Internal. L. Rev.*, 2001, not. p. 277; pour des applications, voy. par exemples les avis consultatifs OC-2/82 du 24 sept. 1982 préc. note 224 et OC-3/83, 8 septembre 1983, préc. note 271

(331) Voy. le Rapport A/49/537 19 octobre 1994, § 30.

(332) Ou, pour les traités antérieurs, sur le « régime souple » d'origine pan-américaine et repris dans l'avis de la C.I.J. de 1951.

seulement, de nombreux traités de droits de l'homme font expressément référence à l'objet et au but comme critère d'appréciation de la licéité des réserves (333), mais encore il résulte des travaux préparatoires des traités qui ne contiennent pas de clauses de réserves que ce silence doit être interprété comme un renvoi, implicite mais délibéré, au régime de droit commun consacré par la Convention du 23 mai 1969 (334).

133. Il n'est donc pas douteux que « there is a general agreement that the Vienna principle of 'object and purpose' is the test » (335). En ce qui concerne ce point fondamental, élément central du « système souple » retenu par la C.I.J. en 1951, consacré par la Convention de 1969 et confirmée par celle de 1986 (336), la nature particulière des traités de droits de l'homme ou, plus généralement, des traités normatifs n'a donc pas d'incidence sur le régime des réserves.

134. Dès lors, on peut penser que, quand bien même la Convention de Vienne aurait fait œuvre de développement progressif en matière de réserves, les règles posées par les articles 19 à 23 (et par l'article 2, paragraphe 1.d), ont acquis aujourd'hui une valeur coutumière et c'est à juste titre que, dans ses Conclusions préliminaires de 1997, la C.D.I. a estimé que :

« les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales de 1986 déterminent le régime des réserves aux traités et qu'en particulier le critère de l'objet et du but du traité est celui qui revêt le plus d'importance aux fins de l'établissement de la licéité des réserves » (337).

135. Cette conclusion ne peut cependant être retenue que sous bénéfice d'inventaire. Il arrive en effet que la pratique des Etats, ou de certains d'entre eux, et même celle des organisations internationales en tant que dépositaires, contredise les termes mêmes de la

(333) Voy. les exemples donnés in A. PELLET, Deuxième rapport sur les réserves, A/CN.4/477, note 49 et Add 1, § 172 ou R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 116-120

(334) Au sujet du Pacte des droits civils et politiques, voy. P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 223-224 ou 411-412 ou R. HIGGINS « Derogations under Human Rights Treaties », *B.Y.B.I.L.*, 1976-1977, pp. 317-318; sur « Les réserves aux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre » voy. J. GAUDREAU, *op. cit. supra* note 187, pp. 143-144.

(335) R. HIGGINS, *op. cit. supra* note 205, p. XXI; cette remarque prend d'autant plus de relief que cet éminent auteur est la principale inspiratrice de l'Observation générale n° 24

(336) Voy. *infra*, le commentaire de l'article 19 de la Convention de 1986.

(337) Rapport de la C.D.I. (1997) (A/52/10), préc. note 249, p. 57 § 1.

Convention de 1969. Ainsi, dans une étude très circonstanciée, le professeur Giorgio Gaja examine successivement, exemples à l'appui, les pratiques portant sur :

- les réserves postérieures à la ratification (338) (contraires aux dispositions des articles 2, paragraphe 1 d), et 19 de la Convention);
- l'indifférence manifestée par les Etats à l'égard des dispositions de l'article 19 relatives aux réserves (339);
- le non-respect de la condition suspensive que constitue le délai d'un an prévu à l'article 20, paragraphe 5, pour qu'un Etat puisse devenir partie (340); ou
- les effets des objections aux réserves (341),

et constate que, nonobstant l'ambiguïté de certaines des dispositions concernées, ces pratiques ne sont guère compatibles avec celles-ci.

136. En tout état de cause, la Convention n'a pas figé le droit. Indépendamment même du fait qu'elle laisse subsister de nombreuses ambiguïtés, qu'elle comporte des lacunes sur des points parfois fort importants, et qu'elle n'a pu prévoir les règles applicables à des problèmes qui ne se posaient pas, ou guère, au moment de son élaboration (342), l'adoption de la Convention a constitué le point de départ de pratiques nouvelles qui ne sont pas, ou sont mal, stabilisées à l'heure actuelle. Comme on l'a écrit, «Calm has been introduced by the Vienna Convention on the Law of Treaties [...]. However, the Vienna Convention – perhaps the most successful international effort at codification ever undertaken – has not frozen the law. Rather, the rules in the Convention structure its future development» (343).

137. En matière de réserves, la Convention de Vienne constitue à la fois le point d'aboutissement d'une évolution entamée il y a bien longtemps, et qui consiste à faciliter au maximum la participation aux conventions multilatérales tout en préservant leur but et leur objet, et le point de départ d'une pratique multiforme et pas toujours cohérente, qui, dans l'ensemble, paraît répondre bien davan-

tage à des considérations d'opportunité politique, relevant d'une approche au cas par cas, que de convictions juridiques fermes.

b) *Le Guide de la pratique de la C.D.I.*

138. «Despite what has been written on the subject, most reservations can be dealt with perfectly well by application of the provisions in Articles 19-23» (344). C'est pour cette raison que les Etats manifestent un attachement sans guère de failles au régime de Vienne. Etant donnée l'extrême importance pratique de la question, ils n'en sont pas moins gênés dans la mise en œuvre de celui-ci par ses lacunes et ses ambiguïtés. C'est pourquoi, l'Assemblée générale a, par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, approuvé «la décision de la Commission du droit international d'inscrire à son ordre du jour [le sujet intitulé] 'Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités'...», ultérieurement simplifié pour devenir «Les réserves aux traités» (345).

139. La Commission, qui, dans un rapport antérieur, avait relevé que les Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969, 1978 et 1986 n'apportaient pas de réponse, ou des réponses ambiguës à de nombreux problèmes posés par les réserves et estimé que la question, qui avait été suggérée par des représentants d'Etats à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, correspondait à un besoin de la communauté internationale (346), a, en 1994, nommé son Rapporteur spécial sur le sujet (347). Depuis lors, celui-ci a remis dix rapports à la C.D.I., qui n'ont pas épuisé le sujet (348), ce qui témoigne de son extrême complexité...

(344) A. AUST, *op. cit. supra* note 3, p. 107; *contra*: voy. not. L. LIJZBAAD, *op. cit. supra* note 11, p. 53.

(345) Voy. *infra*, §140. L'intérêt des Etats pour le sujet ne s'est pas démenti depuis lors comme l'a noté un observateur averti: «In 1997, the Sixth (Legal) Committee of the UN General Assembly discussed that year's report of the International Law Commission. There were forty-seven speakers – evidence of the importance attached to the subject» (A. AUST, *ibid.*, p. 124).

(346) Voy. le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 45^{ème} session (A/48/10), *A.C.D.I.*, 1993, vol. II, 2^{ème} partie, p. 100, §§428-429.

(347) Voy. le rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 46^{ème} session (A/49/10), *A.C.D.I.*, 1994, vol. II, 2^{ème} partie, p. 105, §410. Pour une présentation générale de la reprise des travaux de la C.D.I., voy. A. TANZI, «The Resumed Codification of the Law of Reservations to Treaties», in T. TREVES (ed.), «Six Studies on Reservations», *Comunicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, pp. 9-34.

(348) Rapport préliminaire, A/CN.4/470 et Corr. 1 et 2; Deuxième rapport, A/CN.4/477 et Add. 1 et A/CN.4/478 (bibliographie); Troisième rapport, A/CN.4/491 et Add. 1 à 6; Quatrième rapport, A/CN.4/499; Cinquième rapport, A/CN.4/508 et Add. 1 et 2; Add. 3 et 4; Sixième rapport, A/CN.4/518 et Add. 1 à 3; Septième rapport, A/CN.4/526 (22 p.) et Add. 1 à 3; Huitième rapport, A/CN.4/535 et Add. 1; Neuvième rapport, A/CN.4/544; Dixième rapport, A/CN.4/558 Add.1 et 2.

(338) *Op. cit.* note 295, pp. 310-313.

(339) *Ibid.*, pp. 313-320.

(340) *Ibid.*, pp. 320-324.

(341) *Ibid.*, pp. 324-329.

(342) Voy. *supra* §§109-122.

(343) R.W. EDWARDS, Jr., *op. cit. supra* note 304, p. 405.

140. Lors de l'examen du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (1995), les membres de la C.D.I. se sont montrés presque unanimes pour considérer que les règles de Vienne présentaient un caractère coutumier et qu'ils convenaient en principe de les préserver (349). A l'issue du débat, la Commission a entériné les conclusions du Rapporteur spécial dans les termes suivants :

a) La Commission estimait que le titre du sujet devait être modifié pour se lire dorénavant 'Les réserves aux traités';

b) La Commission devrait adopter un guide de la pratique en matière de réserves. Conformément au statut de la Commission et à sa pratique habituelle, ce guide se présenterait sous la forme d'un projet d'articles dont les dispositions, assorties de commentaires, constitueraient des lignes directrices susceptibles de guider la pratique des Etats et des organisations internationales en matière de réserves; ces dispositions seraient, le cas échéant, accompagnées de clauses types;

c) Les arrangements ci-dessus devraient être interprétés avec souplesse et, si elle estimait devoir s'en écarter de manière importante, la Commission pourrait soumettre à l'Assemblée générale de nouvelles propositions au sujet de la forme que pourrait revêtir le résultat de ses travaux;

d) Il existait un consensus au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 (350).

141. Ces conclusions appellent principalement deux remarques :

1° contrairement à son habitude, la Commission s'est prononcée d'emblée sur la forme de son projet : il devra s'agir d'un « Guide de la pratique » et non d'un projet de convention; l'objectif est d'orienter la pratique des Etats en levant les incertitudes existantes mais non de remettre en cause les acquis de 1969 (351);

2° ce faisant, la C.D.I. confirme sa conviction, partagée par la quasi-totalité de ses membres, déjà exprimée en 1993 (352) et presque

(349) Voy. *A.C.D.I.*, 1995, vol. I, 2400^{ème}, 2404^{ème}, 2406^{ème}, 2407^{ème} et 2412^{ème} séances, pp. 157-183, 199-205 et 234-242 (voy. not. les positions de MM. ROSENSTOCK, p. 164, §2. Tomuschat, *ibid.*, §3. Razafindralambo, p. 168, §10. Robinson, p. 170, §23 (mais avec une hésitation concernant les traités de droits de l'homme), Lukashuk, *ibid.*, §27. Villagrán Kramer, p. 175, §16. Thiam, p. 199, §§72-73. Mikulka, p. 200, §76. Idris, p. 202, §6. Kabatsi, p. 203, §14. Yamada, p. 204, §24. Arangio-Ruiz, p. 205, §§28 et Al-Baharna, p. 235, §8 et p. 236, §16; voy. cependant les hésitations de MM. Mahiou, p. 174, §13. Barboza, p. 180, §33 et Eiriksson, p. 205, §31, voy. aussi le résumé des débats par le Rapporteur spécial, p. 239, §35.

(350) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 47^{ème} session (A/50/10), *A.C.D.I.*, 1995, vol. II, 2^{ème} partie, p. 113, §487.

(351) Pour un commentaire critique de cette décision, voy. A. TANZI, *op. cit. supra* note 347, pp. 26-33.

(352) Voy. Rapport de la C.D.I. (1993) (A/48/10), préc. note 346, p. 100, §430.

unanimement approuvée par les Etats, selon laquelle le régime de Vienne est globalement satisfaisant et doit être complète et précisé mais non modifié; elle s'en est, depuis, strictement tenue à cette résolution.

142. Les motifs de cette « approche modeste » ont été explicités de la manière suivante par le Rapporteur spécial dans son rapport préliminaire de 1995 :

« - la modification des dispositions existantes se heurterait à de grandes difficultés techniques : un Etat partie à [la Convention de 1969], ou qui viendrait à l'être, pourrait fort bien refuser d'accepter les amendements qui viendraient à être adoptés; il en résulterait un double régime juridique des réserves, source de très grandes difficultés

- dans l'état actuel de son développement, le droit international n'offre aucun moyen d'imposer une uniformisation des règles en vigueur;

- on peut considérer que les ambiguïtés actuelles, indiscutables, peuvent être levées si les règles existantes sont précisées, et qu'elles tiennent moins à leur incohérence qu'à leur laconisme excessif; dès lors, l'effort de précision des dispositions actuelles auquel pourrait s'atteler la Commission permettrait de surmonter la plupart au moins des difficultés actuelles;

- dans leurs interventions à la Sixième Commission en 1993 et en 1994, les représentants des Etats, tout en approuvant l'inscription du sujet des réserves à l'ordre du jour de la Commission, ont manifesté leur attachement aux dispositions existantes;

surtout, quels que puissent être leurs défauts, les règles adoptées en 1969 ont fait leurs preuves en ce sens, d'une part, qu'elles répondent à un objectif de souplesse auquel l'ensemble des Etats paraît s'être rallié, et, d'autre part, que, si leur application donne lieu à certaines difficultés, celle-ci n'a jamais dégénéré en un différend grave et que si, sur le plan des principes, les positions des protagonistes sont, dans certains cas, demeurées opposées, elles se sont toujours ajustées dans les faits » (353).

143. Conformément à ces orientations, la Commission a adopté, entre 1997 et 2005, 71 projets de directives assortis de commentaires portant d'une part sur la définition des réserves et, d'autre part, sur les procédures de formulation et de retrait (354).

(353) Rapport préliminaire, A/CN.4/470, §166.

(354) Pour le texte complet, voy. le Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 37^{ème} session (A/60/10), pp. 160-182, §437. Ces projets portent à la fois sur les réserves *stricto sensu* et sur les déclarations interprétatives, ces dernières constituant l'une des lacunes les plus surprenantes de la Convention de Vienne, qui ne leur consacre aucune disposition (voy. le commentaire du projet de directive 12 (« Définition des déclarations interprétatives ») du Guide de la pratique *in A.C.D.I.*, 1999, vol. II, pp. 103-109).

144. En outre, à l'initiative du Rapporteur spécial (355), la Commission a adopté, en 1997, des Conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme (356), qu'elle envisage de réexaminer à la lumière des réactions des Etats et des organes de droits de l'homme au moment où elle adoptera en première lecture l'ensemble du Guide de la pratique.

II. - LES RÉSERVES INTERDITES

145. L'article 19 constitue sans aucun doute la pièce maîtresse du droit des réserves établi par la Convention de Vienne (357). Il pose «le principe général selon lequel la formulation des réserves est autorisée...» (358), essentiel pour le «système souple», et il n'est pas exagéré de dire qu'il renverse sur ce point la présomption traditionnelle telle qu'elle résultait du système de l'unanimité (359), dans l'objectif avoué de faciliter une adhésion aussi large que possible et, par suite, l'universalité des traités.

146. A cet égard, le texte de l'article 19, directement issu des propositions de Waldock prend le contre-pied des projets établis par les Rapporteurs spéciaux sur le droit des traités qui l'avaient précédé et qui, tous, partaient de la présomption inverse et exprimaient négativement ou limitativement le principe selon lequel une réserve ne peut être formulée (ou «faite» (360)) que si certaines conditions sont remplies (361). Sir Humphrey pour sa part (362) présente le

(355) Voy. le deuxième rapport, A/CN.4/477/Add.1, §§55-260. Pour une présentation générale des travaux de la C.D.I. depuis 1993, voy. aussi R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 22-27.

(356) Voy. aussi *supra*, §§94-97, 104 et 134. Sur ces conclusions préliminaires, voy. not. E.A. BAYLIS, *op. cit. supra* note 205, pp. 322-326, B. SIMMA, *op. cit. supra* note 290, pp. 676-679 ou K. KORKEKIA, *op. cit. supra* note 205, pp. 468-471.

(357) Cf. J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, p. 180.

(358) Commentaire du projet d'article 18, *A.C.D.I.*, 1962, vol. II, p.199, §15; voy. aussi le commentaire du projet d'article 16 adopté en seconde lecture, *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 225, §17.

(359) Voy. *supra*, §§7-11. Dans ses observations sur le projet d'article 18 adopté par la C.D.I. en 1962, le Japon proposait de revenir à la présomption inverse (voy. le quatrième rapport de Sir Humphrey WALDOCK sur le droit des traités, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 49).

(360) Sur ce point, voy. *infra*, §149.

(361) Voy. par exemples les projets d'articles 10, §1, du projet de J.L. BRIERLY de 1950 (A/CN.4/23, préc. note 93, p. 238), 9 des projets de Hersch LAUTERPACHT (premier rapport, A/CN.4/63, préc. note 3, p. 91; deuxième rapport, A/CN.4/87, préc. note 92 p. 131) ou 39, §1, du projet de G.G. FITZMAURICE (*A.C.D.I.*, 1956, vol. II, p. 118). Voy. les remarques de P.H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit.* note 3, pp. 88-89.

(362) «Tout Etat a la faculté, lorsqu'il signe, ratifie ou accepte un traité ou y adhère de formuler une réserve [...] à moins...» (Premier rapport, A/CN.4/144, préc. note 116, article 17, §1 a), p. 68).

principe comme une «faculté de formuler, c'est-à-dire de proposer une réserve», faculté appartenant à l'Etat «en vertu de sa souveraineté» (363).

147. Cette faculté n'est pas pour autant illimitée (364). D'une part, il résulte de cet objectif même que la formulation de réserves peut n'être pas compatible avec l'objet de certains traités, soit parce qu'ils sont restreints à un petit groupe d'Etats - hypothèse que prend en considération l'article 20, paragraphe 2, de la Convention, qui revient au système de l'unanimité en ce qui concerne ces instruments (365) - soit, dans le cadre de traités à vocation universelle, parce que les Parties entendent faire prévaloir l'intégrité de la Convention sur son universalité ou, en tout cas, limiter la faculté des Etats de formuler des réserves. D'autre part, sur ce point comme sur tous les autres, la Convention de Vienne n'est que supplétive de volonté et rien n'empêche les négociateurs d'insérer dans le traité des «clauses de réserves» qui limitent ou modulent la faculté de principe posée à l'article 19 (366). Il est donc sans doute excessif de parler de «droit aux réserves», même si la Convention part sans aucun doute du principe qu'il existe une présomption en ce sens.

148. Telle est la signification de l'intitulé même de l'article 19 («Formulation des réserves»), confirmé par le chapeau de cette disposition: «Un Etat [...] peut formuler une réserve, à moins...». Certes, en utilisant le verbe «peut», «[]» clause liminaire de l'article 19 reconnaît un droit aux Etats; mais il ne s'agit que du droit de «formuler» des réserves» (367).

(363) Commentaire de l'article 17, *ibid.*, p. 74, §9 - les italiques figurent dans le texte.

(364) Elle est d'abord limitée dans le temps puisque la formulation des réserves ne peut intervenir qu'au moment de signer, de ratifier, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer. Ce faisant, l'article 19 reprend une limitation qui figure dans la définition même des réserves donnée à l'article 2, §1 d) de la Convention. Cette répétition superflue a été critiquée à juste titre par le Danemark en 1962 (voy. le quatrième rapport de Sir Humphrey WALDOCK, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 48).

(365) Voy. *infra* le commentaire de cette disposition, §§96-105.

(366) Voy. *supra*, §79 et, en particulier, la note 199; voy. aussi §132.

(367) P.H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 83, voy. aussi P. REUTER, *op. cit. supra* note 6, p. 75 ou R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, p. 84. On peut également relever qu'une proposition de Briggs visant à remplacer le mot «faculté» figurant dans le projet de WALDOCK (voy. *supra* note 362) par «droit» (*A.C.D.I.*, 1962, vol. I, 651^{ème} séance, 25 mai 1962, p. 157, §22) n'a pas été retenue, non plus qu'un amendement de l'U.R.S.S. dans le même sens lors de la Conférence de Vienne (A/CONF.39/C.1/L.115, Doc. off. conf., préc. note 162, p. 144, §175). La formulation actuelle («Tout Etat peut [...] formuler une réserve, à moins...») a été adoptée par le Comité de rédaction de la C.D.I. (*A/C.D.I.*, 1962, vol. I

149. Les mots «formuler» et «formulation» ont été choisis avec soin. Ils signifient que, si c'est à l'Etat qui entend assortir l'expression de son consentement à être lié par une réserve d'indiquer comment il entend moduler sa participation au traité (368), cette formulation ne se suffit pas à elle-même : la réserve n'est pas «faite», ne déploie pas ses effets, du seul fait de cette déclaration. Telle est la raison pour laquelle un amendement de la Chine visant à remplacer les mots «formuler une réserve» par «faire une réserve» (369) a été écarté par le Comité de rédaction de la Conférence de Vienne (370). Comme l'avait relevé Waldock, «dire [...] qu'un Etat peut 'faire' une réserve est équivoque, car il s'agit de savoir si une réserve formulée par un Etat peut être considérée comme ayant effectivement été 'faite' tant que les autres Etats intéressés n'y ont pas consenti» (371). Or non seulement une réserve n'est «établie» (372) que si certaines conditions procédurales – fort peu contraignantes il est vrai (373) – sont remplies, mais encore elle doit respecter les conditions de fond énoncées par les trois alinéas de l'article 19 lui-même, ce que les mots «à moins» montrent clairement (374).

150. Selon certains auteurs, la terminologie retenue par cette disposition serait cependant incohérente à cet égard car «[l]orsque le traité autorise certaines réserves (article 19, alinéa b), elles n'ont pas besoin d'être acceptées par les autres Etats [...]. Elles sont donc

663^{ème} séance, 18 juin 1962, p. 245, §3) puis par la C.D.I. en séance plénière (*ibid.*, vol. II, p. 194 article 18, §1) en 1962. Elle n'a pas subi de modification en 1966, sinon que les mots «Tout Etat» ont été remplacés par «Un Etat» (voy. *A.C.D.I.*, 1965, 813^{ème} séance, 29 juin 1965, p. 287, §1 (texte adopté par le Comité de rédaction) et *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 220 (article 16 adopté en seconde lecture)).

(368) Cf. D.W. GREIG, *op. cit. supra* note 256, p. 22.

(369) A/CONF.39/C.1/L.161 (voy. Doc. off. conf. préc. note 162, p. 145, §177).

(370) Voy. Doc. off. C.R.A., préc. note 162, Commission plénière, 23^{ème} séance, 11 avril 1968, p. 131, §2 (explications de la Chine) et 24^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 137, §13 (intervention de l'Expert-conseil, Sir Humphrey WALDOCK).

(371) Premier rapport, A/CN.4/144, préc. note 116, p. 71, §1 du commentaire des projets d'articles 17 à 19.

(372) Voy. le chapeau de l'article 21 et, *infra*, le commentaire de cette disposition, §18.

(373) Voy. les articles 20, §§3 à 5, 21, §§1 et 23, §§1 à 3, et *infra* les commentaires correspondants. Voy. aussi M. COCCHIA, *op. cit. supra* note 11, p. 28.

(374) «Cet article énonce le principe général selon lequel il est permis de faire des réserves, sauf dans trois cas» (*A.C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 225, commentaire de l'article 16, §17). L'utilisation du mot «faire» dans le commentaire est critiquable mais relève sans doute davantage d'une inadvertance de traduction que d'un propos délibéré – *contra* : P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 90. Du reste, le texte anglais du commentaire est correct. «This article states the general principle that the *formulation* of reservations is permitted except in three cases...» (*I.L.C.Y.*, 1966, vol. II, p. 207 – nous soulignons).

'faites' dès l'instant de leur formulation par l'Etat réservataire» (375). Dès lors, si l'alinéa b) indique à juste titre que de telles réserves «peuvent être faites», le chapeau de l'article 19 serait trompeur en ce qu'il impliquerait qu'elles aussi ne sont que «formulées» par leur auteur (376). Il s'agit là d'une mauvaise querelle (377) : l'alinéa b) ne vise pas ces réserves qui sont établies (ou faites) du seul fait de leur formulation mais, *a contrario*, celles qui ne sont pas autorisées par le traité. Comme dans l'hypothèse de l'alinéa a) ces dernières ne peuvent être formulées : dans un cas (alinéa a) l'interdiction est expresse; dans le second (alinéa b), elle est implicite. Dans les deux hypothèses cependant, des problèmes délicats peuvent se poser quant à la portée exacte d'une clause interdisant les réserves et aux effets d'une réserve formulée en dépit de cette interdiction; contrairement à ce que l'on a écrit, il ne s'agit pas toujours de «cas très simples» (378).

1. – La portée des clauses interdisant les réserves

151. Dans le projet d'article 17, paragraphe 1.a), qu'il avait soumis à la C.D.I. en 1962 Waldock distinguait trois hypothèses :

- les réserves «expressément interdites par le traité ou [...] incompatibles avec la nature du traité ou l'usage établi d'une organisation internationale»;
- celles n'entrant pas dans les prévisions d'une clause limitant la faculté de faire des réserves ou
- autorisant certaines réserves (379),

(375) P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 84-85.

(376) Voy. aussi J.M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, pp. 179-180 et la critique beaucoup plus modérée de F. HORX, *op. cit. supra* note 8, pp. 111-112.

(377) En revanche, on peut contester l'usage des verbes «formuler» et «faire» dans le paragraphe 2 de l'article 23: il n'est pas cohérent de préciser, à la fin de cette disposition, qu'en cas de confirmation au moment de l'expression du consentement à être lié d'une réserve formulée à la signature, «la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée». Dans l'élaboration du Guide de la pratique en matière de réserves (voy. *supra* §140), la C.D.I. s'est efforcée d'adopter un vocabulaire cohérent à cet égard (les critiques que lui adressent R. RIQUELME CORTADO – *op. cit. supra* note 199, p. 85 – paraissent fondées sur une traduction erronée en espagnol).

(378) P. REUTER, «Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels», in *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1999, p. 625 (également reproduit in P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international – Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1999, p. 363).

(379) Premier rapport, A/CN.4/144, préc. note 116, pp. 68-69.

le point commun à ces trois cas étant qu'à la différence des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité (380), «lorsqu'une réserve qui n'est pas interdite par le traité est formulée, les autres Etats ont à faire savoir s'ils l'acceptent ou s'ils la rejettent, alors que s'il s'agit d'une réserve interdite par le traité, ils n'ont pas à le faire puisqu'ils se sont déjà prononcés contre elle dans le traité lui-même» (381).

152. Bien qu'elle eût été reprise, sous une forme un peu différente, par la Commission (382), cette typologie était inutilement compliquée et, au niveau d'assez grande généralité auquel les rédacteurs de la Convention devaient se placer, il était inutile d'opérer une distinction entre les deux premières hypothèses dégagées par le Rapporteur spécial (383). Dans le projet d'article 18, paragraphe 2, qu'il proposait en 1965 au vu des observations des gouvernements, celui-ci s'est borné à distinguer les réserves interdites expressément par le traité (ou «par les règles en vigueur dans une organisation internationale» (384)) de celles qui le sont implicitement en consé-

(380) Hypothèse envisagée au § 2 du projet d'article 17 mais sous une forme assez différente du texte actuel (voy. *infra*, § 175).

(381) Sir Humphrey WALDOCK, Premier rapport, A/CN.4/144, préc. note 116, p. 74, § 9) du commentaire.

(382) Projet d'article 18, § 1.b), c) et d), Rapport de la C.D.I. (1962) (A/5209), préc. note 134, p. 194 (voy. le commentaire de ce paragraphe, p. 199, § 15).

(383) A l'inverse, lors de la discussion du projet, Briggs avait estimé que «s'il existe une distinction, c'est entre le cas prévu à l'alinéa a), où toutes les réserves sont interdites, et le cas prévu aux alinéas b) et c), où seules certaines réserves sont, soit expressément interdites, soit implicitement exclues» (A.C.D.I., 1962, vol. I, 663^{ème} séance, 18 juin 1962, p. 246, § 12; *contra* WALDOCK, *ibid.*, p. 247, § 32), comme le montre l'exemple de l'article 12 de la Convention de 1958 sur le plateau continental (*infra*, § 164), cette remarque est fort pertinente.

(384) Bien que le principe n'eût pas été contesté lors de la discussion en séance plénière en 1965 (mais il l'avait été par Lachs en 1962, A.C.D.I., 1962, vol. I, 651^{ère} séance, 25 mai 1962, pp. 159-160, § 53) et est été maintenu dans le texte adopté durant la 1^{ère} partie de la 17^{ème} session (voy. A.C.D.I., 1965, vol. II, p. 174), cette précision disparut sans explication du projet d'article 16 finalement adopté par la Commission en 1966 à la suite du *stollettage* final par le Comité de rédaction (voy. A.C.D.I., 1966, vol. I, 887^{ème} séance, 11 juillet 1966, p. 326, § 91). La suppression de cette expression est à rapprocher de la clause générale de sauvegarde relative aux «traités constitutifs d'organisations internationales et [aux] traités adoptés au sein d'une organisation internationale», figurant dans l'article 5 de la Convention et adoptée le même jour dans sa rédaction finale par la C.D.I. (*ibid.*, p. 325, § 79). En pratique, il est exceptionnel que des réserves puissent être formulées à l'acte constitutif d'une organisation internationale (voy. M.H. MENDELSON, «Reservations to the Constitutions of International Organizations», *E.Y.B.I.L.*, 1971, pp. 137-171). En ce qui concerne les traités conclus dans le cadre des organisations internationales, le meilleur exemple d'exclusion (supposée) des réserves est celui de l'O.I.T. dont la pratique constante est de ne pas accepter le dépôt d'instruments de ratification des conventions internationales du travail lorsque ces instruments sont assortis de réserves (*cf.* le Mémoire présenté par le Directeur du B.I.T. au Conseil de la S.d.N. sur la recevabilité des réserves aux conventions générales, *J.O. de la S.d.N.*, 1927, p. 882 ou le mémorandum présenté par l'O.I.T. à la C.I.J. en 1951 dans l'affaire relative aux *Reserves à la Convention sur le génocide*, in C.I.J. *Mémoires, plaidoiries et documents*, 1951, pp. 227-228 ou la déclaration de Wilfred JENKS, Conseiller juridique du B.I.T. lors des plaidoiries orales dans la

quence de l'autorisation de certaines réserves par le traité (385). C'est cette distinction binaire que l'on retrouve, sous une forme épurée (386), aux alinéas a) et b) de l'article 19 de la Convention, sans qu'aucune différence soit faite selon que le traité interdit ou autorise totalement ou partiellement les réserves (387).

a) L'interdiction expresse des réserves

153. Selon le professeur Tomuschat, l'interdiction de l'alinéa a) tel qu'il est rédigé, devrait s'entendre comme couvrant tant les interdictions expresses que les interdictions implicites des réserves (388). Cette interprétation peut trouver une justification dans les travaux préparatoires de cette disposition :

- dans sa rédaction originale, proposée par Waldock en 1962 (389), il était précisé qu'elle concernait les réserves «expressément interdites», précision qui a été abandonnée en 1965 sans explication de la part du Rapporteur spécial et sans que les discussions de la Commission soient très éclairantes à cet égard (390);
- dans le commentaire du projet d'article 16 adopté en seconde lecture en 1965, la C.D.I. semble en effet placer sur le même plan «[l]es réserves expressément ou implicitement interdites par les dispositions du traité» (391).

même affaire, *ibid.*, p. 234); pour un exposé et une critique de cette position, voy. le commentaire du projet de directive 1.1.8 du Guide de la pratique de la C.D.I., in Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 52^{ème} session (2000) (A/55/10), pp. 206-214, §§ 3)-5).

(385) Quatrième rapport, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 53.

(386) Sur les aménagements rédactionnels opérés par la Commission, voy. les débats sur le projet d'article 18 (A.C.D.I., 1965, vol. I, surtout 797^{ème} et 798^{ème} séances, 7 et 9 juin 1965, pp. 163-173) et le texte adopté par le Comité de rédaction (*ibid.*, 813^{ème} séance, 29 juin 1965, p. 287, § 1) et sa discussion (*ibid.*, pp. 287-289). Le texte final de l'article 16.a) et b) adopté en seconde lecture par la Commission se lisait ainsi : «Un Etat peut [...] formuler une réserve, à moins : a) que la réserve ne soit interdite par le traité; b) que le traité n'autorise des réserves déterminées parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question» (A.C.D.I., 1966, vol. II, p. 220). Voy. aussi *infra* note 414.

(387) Les «projets alternatifs» proposés *de lege ferenda* en 1953 par Hersch Lauterpacht (voy. *supra* § 41) évoquaient ensemble les traités qui «[do] not prohibit or restrict the faculty of making reservations» («n'interdisent] pas ou ne limitent] pas expressément la faculté de formuler des réserves») (Premier rapport, A/CN.4/63, préc. note 3, pp. 114-116, *I.L.C.Y.*, 1953, pp. 91-92).

(388) *Op. cit. supra* note 48, p. 469.

(389) Voy. *supra*, § 151.

(390) Voy. cependant l'intervention de YASSEEN, A.C.D.I., 1965, vol. I, 797^{ème} séance, 8 juin 1965, p. 165, § 19 – mais celui-ci se référerait au texte de 1962.

(391) Comme, d'ailleurs, celles expressément ou implicitement autorisées, A.C.D.I., 1966, vol. II, p. 223, § 10) du commentaire; voy. aussi p. 225, § 17).

154. Cette interprétation est cependant discutable. L'idée que certains traités pouvaient, «par nature», exclure les réserves a été exclue en 1962 par la Commission, qui a repoussé la proposition en ce sens faite par Waldock (392). Dès lors, on voit mal quelles interdictions pourraient résulter «implicite» du traité, si ce n'est dans les cas couverts par les alinéas b) et c) (393) de l'article 19 (394) et force est d'admettre que l'alinéa a) ne concerne que les réserves expressément interdites par le traité. Cette interprétation est au surplus seule compatible avec le très grand libéralisme qui imprègne l'ensemble des dispositions de la Convention relatives aux réserves.

155. Aucun problème – autre que de savoir si la déclaration en cause constitue ou non une réserve – ne se pose si l'interdiction est claire et nette, en particulier lorsque l'interdiction est générale, étant entendu cependant qu'il en existe relativement peu d'exemples (395) même si certains sont célèbres comme celui de l'article 1^{er} du Pacte de la S.d.N. :

«Sont Membres originaires de la Société des Nations ceux des Signataires [...] qui auront accédé au présent Pacte sans aucune réserve...» (396).

De même, l'article 120 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998 dispose :

«Le présent Statut n'admet aucune réserve» (397).

(392) Voy. *supra*, §151. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'en rédigeant cette clause, «il pensait à la Charte des Nations Unies qui, par nature, ne peut faire l'objet de réserves» (A.C.D.I., 1962, vol. I, 651^{ème} séance, 25 mai 1962, p. 160, §60). Cette exception est couverte par la clause de sauvegarde de l'article 5 de la Convention (voy. aussi *infra*, note 393). L'expression «nature du traité» a peu retenu l'attention durant la discussion (Castrén a cependant jugé l'expression imprécise – *ibid.*, 652^{ème} séance, 28 mai 1962, p. 166, §28; voy. aussi Verdross, *ibid.*, §35); elle a été supprimée par le Comité de rédaction (*ibid.*, 663^{ème} séance, 18 juin 1962, p. 245, §3).

(393) Des amendements de l'Espagne (A/CONF.39/C.1/L.147) et des Etats-Unis et de la Colombie (A/CONF.39/C.1/L.126 et Add 1) visant à réintroduire la notion de «nature» du traité dans l'alinéa c) ont été retirés ou repoussés durant la Conférence de Vienne (voy. *supra*, §93).

(394) Telle est d'ailleurs la conclusion finale à laquelle arrive C. TOMUSCHAT («Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties...», *op. cit. supra* note 48, p. 471; voy. *supra* §153).

(395) Même en matière de droits de l'homme (cf. P.-H. IMBERT, «La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme», *op. cit. supra* note 204, p. 100 ou W.A. SCHABAS, «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», *op. cit. supra* note 179, p. 46), voy. cependant les exemples donnés *supra* note 217.

(396) On peut soutenir que cette règle a été délaissée lorsque le Conseil de la Société a reconnu la neutralité de la Suisse (en ce sens, M. MENDELSON, *op. cit. supra* note 384, pp. 140-141).

(397) Pour «carrée» qu'elle puisse sembler, cette interdiction n'est, au demeurant, pas totalement dépourvue d'ambiguïté : le très regrettable article 124 du Statut qui autorise «un Etat qui devient partie [a] déclarer que, pour une période de sept ans à partir de l'entrée en vigueur du Statut à son égard, il n'accepte pas la compétence de la Cour» en matière de crimes de guerre, constitue une exception à la règle posée à l'article 120 car ces déclarations s'analysent en de véritables réserves (voy. A. PELLET, «Entry into Force and Amendment of the Statute», in A. CAS-

De même aussi, en vertu de l'article 26, paragraphe 1, de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux :

«Aucune réserve ou dérogation ne pourra être faite à la présente Convention» (398).

156. Toutefois, il peut arriver que l'interdiction soit plus ambiguë. Ainsi, aux termes du paragraphe 14 de l'Acte final de la Conférence qui a adopté en 1961 la Convention européenne de Genève sur l'arbitrage commercial international, «les délégations ayant participé à la négociation de la Convention [...] déclarent que leurs pays respectifs n'ont pas l'intention de faire des réserves à la Convention» (399) : non seulement, il ne s'agit pas d'une interdiction catégorique, mais encore cette déclaration d'intention est faite dans un instrument distinct du traité. Dans un cas de ce genre, on peut penser que les réserves ne sont pas interdites à proprement parler, mais que si un Etat en formule, les autres Parties devraient, en bonne logique, y objecter.

157. Plus souvent, l'interdiction est partielle et porte sur une ou des réserves déterminées ou sur une ou des catégories de réserves. L'hypothèse la plus simple (mais assez rare) est celle des clauses

SESE, P. GAETA et J. R. W. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, vol. I, p. 157; voy. aussi la Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative, dont l'article 21 interdit les réserves alors que plusieurs autres dispositions en autorisent certaines. Pour d'autres exemples, voy. S. SCALIOPOULOU ÅKERMARK, «Reservations Clauses in Treaties Concluded within the Council of Europe», *I.C.L.Q.*, 1999, pp. 493-494; NGUYEN QUOC DINH, P. DALLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 7^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 181, n° 110; P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 165-166; F. HORX, *op. cit. supra* note 8, p. 113; R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 105-108; W.A. SCHABAS, «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», *op. cit. supra* note 179, p. 46.

(398) Pour un commentaire très détaillé, voy. A. FOBELLA, «The Declarations of States Parties to the Basel Conventions», in T. TREVES (ed.), *op. cit. supra* note 347, pp. 111-148. Le §2 de l'article 26 autorise les Etats parties à «faire des déclarations ou des exposés, quelle que soit l'appellation qui leur est donnée en vue, entre autres, d'harmoniser [leurs] lois et règlements avec les dispositions de la présente Convention, à condition que ces déclarations ou exposés ne visent pas à annuler ou à modifier les effets juridiques des dispositions de la Convention dans leur application» à ces Etats, la distinction entre les réserves du §1 et les déclarations du §2 peut s'avérer délicate, mais il s'agit d'un problème de définition qui ne limite en rien l'interdiction posée au §1 : si une déclaration faite en vertu du §2 s'avère être une réserve, elle est prohibée. La combinaison des articles 309 et 310 de la Convention sur le droit de la mer de 1982 pose les mêmes problèmes et appelle les mêmes réponses (voy. not. A. PELLET, «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer» in, *La mer et son droit – Mélanges offerts à Laurent Lucchini et Jean-Pierre Quéneudec*, Paris, Pedone, 2003, pp. 505-517; voy. aussi *infra*, note 418).

(399) Exemple donné par P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 166-167.

énumérant les dispositions de la Convention auxquelles des réserves sont interdites (400). Tel est le cas de l'article 42 de la Convention sur les réfugiés du 28 juillet 1951 (401) ou de l'article 26 de la Convention de l'O.M.I. de 1972 sur les conteneurs.

158. Plus compliquée est l'hypothèse dans laquelle le traité n'interdit pas des réserves à des dispositions déterminées mais exclut certaines catégories de réserves (402). En fait, ces réserves posent des problèmes (d'interprétation (403)) de même nature que ceux suscités par le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité (404), que certaines clauses reprennent du reste expressément (405).

b) L'interdiction implicite des réserves

159. L'origine de l'alinéa b) de l'article 19 remonte au paragraphe 3 du projet d'article 37 soumis à la C.D.I. en 1956 par Fitzmaurice :

«Lorsque le traité lui-même permet certaines réserves déterminées ou une certaine catégorie de réserves, il y a présomption que toutes les autres réserves sont exclues et ne peuvent être acceptées» (406).

C'est cette idée que Waldock a reprise dans le projet d'article 17, paragraphe 1.a), qu'il a proposé en 1962, et que la Commission a retenue dans le projet d'article 18, paragraphe 1.c) qu'elle a adopté la même année (407) et qui, moyennant des modifications rédactionnelles mineures, est passée dans l'article 16, alinéa b), du projet de 1966 (408) puis dans l'article 19 de la Convention.

(400) Cette hypothèse est extrêmement proche de celle dans laquelle le traité spécifie les dispositions auxquelles des réserves sont permises - voy. *infra*, §163 et la remarque préc. note 383 de Briggs.

(401) A propos de cette disposition, P.-H. Imbert a noté que «[l']influence de l'avis [de la C.I.J. sur *Les réserves à la Convention sur le génocide* adopté deux mois auparavant] est très nette puisqu'une telle clause revient à préserver les dispositions qui ne pourront faire l'objet de réserves» (*ibid.*, p. 167); voy. les autres exemples donnés *ibid.* ou *infra* §§163-164.

(402) La distinction était effectuée dans le projet de Sir Humphrey WALDOCK de 1962 - voy. *supra*, note 379.

(403) «Whether a reservation is permissible under exceptions (a) or (b) will depend on interpretation of the treaty» (A. AUST, *op. cit. supra* note 3, p. 110).

(404) Voy. *infra*, §192.

(405) Voy. les exemples donnés *supra*, dans la note 217.

(406) Premier rapport, A/CN.4/101, préc. note 114, p. 118; voy. aussi p. 130, §9a.

(407) Voy. *supra* §§151-152.

(408) Voy. *supra* note 386.

160. Non sans contestations d'ailleurs, puisque, lors de la Conférence de Vienne plusieurs amendements ont visé à supprimer cette disposition (409) au prétexte qu'elle était «trop rigide» (410) ou inutile comme faisant double emploi avec l'alinéa a) (411) ou non confirmée par la pratique (412); tous furent cependant retirés ou rejetés (413).

161. La seule modification apportée à l'alinéa b) fut introduite par un amendement polonais, qui fut accepté par le Comité de rédaction de la Conférence de Vienne «dans un souci de clarté» (414). Cette présentation anodine ne doit pas occulter la très grande portée pratique de cette précision qui, en réalité, inverse la présomption retenue par la Commission et, toujours dans le projet obstinément poursuivi par les pays de l'Est de faciliter au maximum la formulation de réserves, en ouvre la possibilité même lorsque les négociateurs ont pris la précaution d'indiquer expressément des dispositions auxquelles une réserve est permise (415). Toutefois

(409) Amendements des Etats-Unis et de la Colombie (A/CONF.39/C.1/L.126 et Add.1) et de la R.F.A. (A/CONF.39/C.1/L.128), qui visaient expressément à la suppression de l'alinéa b), et de l'U.R.S.S. (voy. *supra*, note 367), de la France (A/CONF.39/C.1/L.169), de Ceylan (A/CONF.39/C.1/L.139), de l'Espagne (A/CONF.39/C.1/L.147), qui proposaient des remaniements de vaste portée de l'article 16 (ou des articles 16 et 17) qui auraient également entraîné la disparition de cette disposition (pour le texte de ces amendements (voy. Doc. off. conf., préc. note 162, pp. 144-145, §§174-177). Lors de la discussion du projet par la C.D.I., certains membres avaient également estimé que cette disposition était superflue (A.C.D.I. 1965, vol. I, 797^{ème} séance, 8 juin 1965, YASSEEN, p. 165, §18; TOUNKINE, *ibid.*, §29 - mais, pour une position plus nuancée, voy. *ibid.*, p. 166, §33; ou RUDA, p. 169, §70).

(410) Selon les termes des représentants des Etats-Unis et de la Pologne lors de la 21^{ème} séance de la Commission plénière (10 avril 1968, Doc. off., C.R.A., préc. note 162, p. 117, §8, et p. 127, §42), voy. aussi la déclaration du représentant de l'Allemagne (*ibid.*, p. 119, §23).

(411) Colombie, *ibid.*, p. 123, §68.

(412) Suède, *ibid.*, p. 127, §29.

(413) Voy. Doc. off. conf., préc. note 162, pp. 148-149 §§181-188. Voy. les explications de l'Expert-conseil, Sir Humphrey WALDOCK, Doc. off., C.R.A., préc. note 162, 24^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 137, §6 et les résultats des votes sur ces amendements, *ibid.*, 25^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 146, §§23-25.

(414) A/CONF.39/C.1/L.136; voy. Doc. off., C.R.A., préc. note 162, Commission plénière, 70^{ème} séance, 14 mai 1968, p. 452, §16. Déjà en 1965, durant la discussion à la C.D.I. du projet d'article 18b) revu par le Comité de rédaction, Castrén proposa d'ajouter «que» après «n'autorise» à l'alinéa b) (A.C.D.I., 1965, vol. I, 797^{ème} séance, 8 juin 1965, p. 164, §14 et 813^{ème} séance, 29 juin 1965, p. 288, §13; voy. aussi la proposition similaire de YASSEEN, *ibid.*, §11), qui ne fut finalement pas acceptée après un nouveau renvoi au Comité de rédaction (voy. *ibid.*, 816^{ème} séance, p. 308, §41).

(415) En ce sens, voy. F. HORN, *op. cit. supra* note 8, p. 114; L. LUNZAAED, *op. cit. supra* note 11, p. 39; J. M. RUDA, *op. cit. supra* note 3, p. 181 ou R. SZAFARZ, *op. cit. supra* note 3, pp. 299-300. De telles formules limitatives ne sont d'ailleurs pas inhabituelles - voy. par exemple l'article 17, §1, de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1954 et les autres exemples donnés par R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 128-129. Sur l'importance de l'inversion de la présomption, voy. aussi M. ROBINSON, A.C.D.I., 1995, vol. I, 2402^{ème} séance, préc. note 349, p. 169, §17.

cet amendement ne dispense pas une réserve qui n'est ni expressément autorisée ni implicitement interdite de respecter le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité (416).

162. En pratique, la typologie des clauses de réserves permissives est comparable à celles des dispositions prohibitives et posent le même genre de problèmes en ce qui concerne la détermination *a contrario* des réserves qui ne peuvent être formulées (417) :

- certaines autorisent les réserves à des dispositions déterminées, expressément et limitativement énumérées soit positivement, soit négativement ;
- d'autres autorisent des catégories déterminées de réserves ;
- d'autres enfin (rares) autorisent les réserves en général.

163. L'article 12, paragraphe 1, de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental paraît constituer une illustration de la première de ces catégories :

«Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout Etat pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1 à 3 inclus» (418).

Comme Sir Ian Sinclair l'a fait remarquer, «Article 12 of the 1958 Convention did not provide for specified reservations, even though it may have specified articles to which reservations might be made» (419) et ni la portée, ni les effets de cette autorisation ne vont, dès lors, de soi comme le montrent l'arrêt de la C.I.J. dans les

(416) Voy. *infra*, §§174-175.

(417) Voy. a) *supra*.

(418) Pour sa part, l'article 309 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose : «La Convention n'admet ni réserves ni exceptions autres que celles qu'elle autorise expressément» (sur cette disposition, voy. A. PELLET, «Les réserves aux conventions sur le droit de la mer», *op. cit. supra* note 398, pp. 505-511). Il peut arriver que le traité fixe un nombre maximal de réserves ou de dispositions pouvant faire l'objet de réserves (voy. par exemple l'article 25 de la Convention européenne de 1967 en matière d'adoption des enfants). Ces dispositions sont à rapprocher de celles qui autorisent les Parties à accepter certaines obligations ou à opérer un choix entre les dispositions d'un traité, qui ne constituent pas des clauses de réserves *stricto sensu* (voy. les projets de directives 1.4.6 et 1.4.7 de la C.D.I. et leur commentaire in Rapport de la C.D.I. (2000) (A/55/10), *prec. note* 384, pp. 222-235).

(419) *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 73. Sur la distinction entre réserves déterminées (*specified*) et non-déterminées, voy. les positions en partie divergentes de D. BOWETT, *op. cit. supra* note 294, pp. 71-72 et P. H. IMBERT, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord», *A.F.D.I.*, 1978, pp. 50-53. Pour un exemple particulièrement net de clause de «réserves déterminées», voy. l'article 35 de la Convention de Lugano de 1993 sur la responsabilité civile des dommages découlant d'activités dangereuses pour l'environnement.

affaires de la *Délimitation du plateau continental de la mer du Nord* (420) et, surtout, la sentence arbitrale rendue en 1977 dans l'affaire de la *Mer d'Irlande* (421).

164. Il en va différemment lorsque la clause de réserve définit les catégories de réserves autorisées. Un exemple en est donné par l'article 39 de l'Acte général d'arbitrage de 1928 :

«1. Indépendamment de la faculté mentionnée à l'article précédent [(422)], une Partie pourra, en adhérant au présent Acte général, subordonner son acceptation aux réserves limitativement énumérées dans le paragraphe suivant. Ces réserves devront être indiquées au moment de l'adhésion.

«2. Ces réserves pourront être formulées de manière à exclure des procédures décrites par le présent Acte :

«a) Les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la Partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre Partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend ;

«b) Les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats ;

«c) Les différends portant sur des affaires déterminées, ou des matières spéciales nettement définies, telles que le statut territorial, ou rentrant dans des catégories bien précisées.»

Comme la C.I.J. l'a relevé dans son arrêt de 1978 relatif au *Plateau continental de la mer Egée* :

«Quand un traité multilatéral prévoit ainsi 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.»

quand bien même les Etats ne suivent pas «scrupuleusement le schéma» prévu dans la clause de réserve (423).

165. Un autre exemple, particulièrement célèbre et commenté (424), de clause autorisant les réserves (et se rattachant éga-

(420) Voy. l'arrêt du 20 février 1969, C.I.J., *Rec. 1969*, pp. 38-41, §§38-41.

(421) *Préc. note* 198, pp. 161-165, §§39-44. Voy. *infra*, §176.

(422) L'article 38 prévoit que les Parties peuvent adhérer à certaines Parties de l'Acte général seulement.

(423) Arrêt du 19 décembre 1978, C.I.J., *Rec. 1978*, p. 23, §55.

(424) Voy. les études *prec. notes* 262 et 267, *addé* : A. BONIFAZI, «La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», in *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme* (Actes de la table ronde organisée à Bari les 17 et 18 décembre 1973 par la Faculté de droit de l'Université de Bari), Bari, Levante, 1974, pp. 301-319; J.A. FROWEIN, «Reservations to the European Convention on Human Rights» in *Protecting Human Rights. the European Dimension - Studies in Honour of Gerard J. Warda*, Köln, C. Heymanns Verlag, 1988, pp. 193-200; K. KOCHNER, «Vorbehalte und auslegende Erklärungen zur Europäischen Menschen-

lement à la troisième des catégories mentionnées ci-dessus (425)) est fourni par l'article 57 (ex 64) de la Convention européenne des droits de l'homme :

«1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

«2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause».

Dans ce cas, la faculté de formuler des réserves est limitée à la fois par des conditions de forme et de fond; outre les habituelles limitations *ratione temporis* (426), une réserve à la Convention de Rome doit :

- se référer à une disposition particulière de la Convention;
- être justifiée par l'état de la législation de son auteur au moment de la formulation de la réserve;
- ne pas «être rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exact» (427); et
- être accompagnée d'un bref exposé permettant d'apprécier «l'étendue de la disposition de la Convention dont l'Etat entend écarter l'application par une réserve...» (428).

L'appréciation de la réalisation de chacune de ces conditions pose des problèmes.

rechtskonvention. Die Problematik des Art. 64 MRK am Beispiel der schweizerischen 'auslegenden Erklärung' zu Art. 6 Abs. 3 lit. e MRK. *ZaoRV*, 1982, pp. 58-92; S. MARCUS-HELMONS, «L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev.dr.intern.comp.*, 1968, pp. 7-26; M.J. MORAIS PIRES, *As reservas a Convenção europeia dos direitos do homem*, Coimbra, Livraria Almedina, 1997; R. SAPIENZA, «Sull'ammissibilità di riserve all'accettazione della competenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo», *R.D.I.*, 1987, pp. 641-653 et W.A. SCHABAS, «Article 64» in: E. DECAUX, P.-H. IMBERT et L. PETTITI (s.d.), *La Convention européenne des droits de l'homme - commentaire article par article*. Paris, Economica, 1995, pp. 923-942.

(425) Par 162. Pour d'autres exemples, voy. A. AUST, *op. cit. supra* note 3, pp. 109-110; S. SPILIOPOULOU ÅKERMARK, *op. cit. supra* note 397, pp. 495-496; W.W. BISHOP, Jr., *op. cit. supra* note 8, pp. 323-324 ou NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit. supra* note 397, p. 181; voy. aussi le tableau présentant les conventions du Conseil de l'Europe relevant des clauses se rattachant à chacune de deux premières catégories de clauses de réserves permissives mentionnées au §162 ci-dessus. in C.R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, p. 125 et les autres exemples d'autorisations partielles donnés par cet auteur, pp. 126-129.

(426) Voy. *supra*, note 364.

(427) C.E.D.H., arrêt du 29 avril 1988, *Belilos*, préc. note 267, p. 25, §55.

(428) Rapport de la Commission, 5 mai 1982, *Femilusch*, préc. note 262, §90.

166. Comme on l'a fait remarquer au sujet de l'interdiction des réserves de caractère général, ce libellé «n'est pas fondamentalement différent» (429) de celui retenu par exemple à l'article 26, paragraphe 1, de la Convention du Conseil de l'Europe sur l'extradition de 1957 :

«Toute Partie Contractante pourra, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, formuler une réserve au sujet d'une ou de plusieurs dispositions déterminées de la Convention»,

alors même que l'on peut y voir une autorisation générale (à l'exclusion cependant des réserves transversales (430)).

167. Au demeurant une autorisation générale des réserves (431) elle-même ne résout pas forcément tous les problèmes. Elle laisse notamment entières les questions de savoir si les autres Parties peuvent néanmoins y objecter (432) et si ces réserves expressément autorisées (433) sont soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité (434).

2. - L'effet de la formulation d'une réserve interdite par le traité

168. Il a toujours été entendu qu'une réserve ne pouvait être formulée (et à plus forte raison «faite») lorsqu'une clause du traité l'interdit, expressément ou implicitement. Cette vérité d'évidence a été énoncée dès 1950 par Brierly dans son premier rapport sur le droit des traités; les paragraphes 1, 2 et 4 du projet d'article 10 sur

(429) P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 186; voy. aussi R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, p. 122.

(430) Sur cette notion, voy. le projet de directive 1.1.1 du Guide de la pratique de la C.D.I. et son commentaire in Rapport de la C.D.I. (1999) (A/54/10), préc. note 6, pp. 98-100.

(431) Pour un autre exemple, encore plus net, voy. l'article 18.1 de la Convention européenne de 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes: «Tout Etat peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer faire usage d'une ou de plusieurs réserves».

(432) Ce qu'elles prévoient parfois expressément (voy. par exemple l'article VII de la Convention de 1952 sur les droits politiques de la femme et les remarques à ce sujet de R. RIQUELME CORTADO, *ibid.*, p. 121). Sur cette question, voy. le commentaire de l'article 20, §§85 et 92.

(433) On ne peut raisonnablement soutenir que l'alinéa b) pourraient inclure des réserves «implicitement autorisées» - ne fût-ce que parce que toutes celles qui ne sont pas interdites sont *a contrario*, autorisées, sous réserve des dispositions de l'alinéa c). Dès lors, l'expression «réserve déterminée» dans l'alinéa b) de l'article 19 apparaît comme synonyme de «réserve expressément autorisée par un traité» figurant à l'article 20, §1 (voy. *infra*, le commentaire de cette disposition, §§86 et suiv.).

(434) Voy. *infra*, §176. Voy. les questions posées par S. SPILIOPOULOU ÅKERMARK, *op. cit. supra* note 397, pp. 496-497 ou R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, p. 124.

les réserves qu'il proposait commençait par la formule suivante : «Unless the contrary is indicated in a treaty...» (435). Comme il l'expliquait dans le commentaire de cette disposition :

«à l'occasion de certains traités, il peut avoir été précisé d'avance que les futures parties n'accepteront aucune réserve quelle qu'elle soit. Les clauses à cet effet ne sont pas rares dans le texte des traités» (436).

169. Ce postulat logique n'a jamais été remis en cause par la suite (437). Il ne fait que rappeler que les dispositions de la Convention ont un caractère supplétif (438) : «lorsque le traité lui-même contient des dispositions relatives aux réserves, la question est réglée par les clauses du traité» (439); et lorsqu'une telle clause interdit la réserve envisagée, celle-ci ne peut être formulée tandis qu'à l'inverse, si elle la permet, la question de sa validité ne se pose pas (440). L'apparente simplicité de ces règles de bon sens (441) n'en

(435) A/CN.4/23, *I.L.C.Y.*, vol. II, 1950, préc. note 93, pp. 238, 239 et 241. La traduction française comporte des variantes : «A moins que le contraire n'y soit stipulé...» (p. 49); «A moins que le contraire ne soit stipulé dans le traité...» (p. 51); «A moins que le contraire ne soit stipulé dans le texte d'un traité» (p. 54).

(436) *Ibid.*, p. 50, §88 (texte anglais in *I.L.C.Y.*, 1950, vol. II, p. 239); voy. aussi pp. 239-240, §90.

(437) Voy. les premier et deuxième rapports de LAUTERPACHT de 1953 (A/CN.4/63, préc. note 3, p. 136, §4), et 1954, A/CN.4/87, préc. note 92, p. 131, §1); le premier rapport de WALDOCK, A/CN.4/144, préc. note 116, p. 68, art. 17, §1 a) i), et p. 74, §9), les explications qu'il a fournies lors des débats de la Commission (A.C.D.I., 1962, vol. I, 653^{ème} séance, 29 mai 1962, p. 178, §57) et le texte adopté par la Commission, A.C.D.I., 1962, vol. II, p. 194, art. 18, §1 a), et son commentaire, p. 197, §10) et p. 199, §15); son quatrième rapport, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 53, art. 18, §2 a) et le texte adopté par la Commission en 1965, A.C.D.I., 1965, vol. II, p. 174, art. 18 a) et son commentaire, A.C.D.I., 1966, vol. II, p. 225, art. 16 a), §17). L'alinéa a) du projet d'article 16 n'a guère fait problème lors de la Conférence de Vienne; seuls des amendements de Ceylan (A/CONF.39/C.1/L.147, Doc. off. conf., préc. note 162, p. 145), retiré par la suite (Doc. off., C.R.A., préc. note 162, 24^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 39, §138), et de l'U.R.S.S. remaniant complètement les projets d'articles 16 et 17, auraient entraîné sa suppression (A/CONF.39/C.1/L.115, préc. note 167), selon le représentant de l'Union soviétique, cet alinéa (comme l'alinéa b) «paraît superflu car les cas où les réserves sont interdites par le traité sont extrêmement rares. De plus, en conservant cet alinéa, on ferait une règle de ce qui constitue en fait une exception, et on limiterait le pouvoir des États de formuler des réserves» (Doc. off., C.R.A., préc. note 162, Commission plénière, 21^{ème} séance, 10 avril 1968, p. 117, §5). Cet amendement a été rejeté par la Commission plénière par 70 voix c. 10 avec 3 abstentions (*ibid.*, 25^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 146, §23).

(438) Voy. *supra*, §§79 et 147.

(439) Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 14^{ème} session, A.C.D.I., 1962, vol. II, p. 197, commentaire des projets d'articles 18 à 20, §10). Les paragraphes a) et b) de l'article 19 «are little more than an acknowledgment that the parties are free to make provision in their treaty whether or to what extent to allow reservations to its terms» (D.W. GREIG, *op. cit. supra* note 256, p. 51).

(440) Cf. la sentence arbitrale du 30 juin 1977 dans l'affaire de la *Mer d'Iroise* préc. note 198, p. 161, §39. «par l'article 12 [de la Convention de Genève sur le plateau continental, préc. §163], le Royaume-Uni s'est engagé à ne pas contester le droit, pour la République française, d'être partie à la Convention avec des réserves permises par cet article» - mais ceci ne résout pas la question, préalable, de savoir si les réserves formulées par la France étaient valides (voy. *supra* §163).

(441) Au point que l'on a pu estimer que «there is clearly no need for an additional rule in the Vienna Convention» (L. LIJNZAAD, *op. cit. supra* note 11, p. 39); voy. aussi *supra* note 378.

dissimule pas moins de délicats problèmes. Une fois résolu celui de la portée d'une interdiction conventionnelle de formuler des réserves, la question se pose de savoir quel est l'effet éventuel d'une réserve formulée en dépit de la clause l'interdisant expressément (alinéa a) de l'article 19) ou implicitement (alinéa b)).

170. Aucune disposition de la Convention de Vienne ne donne expressément de réponse à cette question, dont l'importance concrète est grande, et les travaux préparatoires à l'article 19 (442) n'apportent aucune lumière à cet égard (443). Peut-être cette réponse a-t-elle paru évidente en ce qui concerne les alinéas a) et b) (444). Mais, si elle l'est, il n'existe aucune raison de ne pas la transposer à l'hypothèse, en général tenue pour beaucoup plus mystérieuse, de l'alinéa c) : rien dans le texte de la Convention ou en logique ne justifie des réponses différentes (445). Et pourtant, la question des effets d'une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité (hypothèse de l'alinéa c) a fait l'objet de longs débats, peu conclusifs, lors des travaux préparatoires de la Convention. Il semble donc préférable de l'étudier dans son ensemble, en liaison avec l'alinéa c) de l'article 19 (446).

171. Il suffit d'indiquer à ce stade que nombre de commentateurs estiment qu'une réserve formulée en dépit d'une interdiction conventionnelle est nulle de plein droit (447) et admettent que sa formulation entraîne l'invalidité de l'expression du consentement à être lié (448). Si tel est le cas, ces conclusions devraient influencer sur la réponse à la question de savoir quels sont les effets d'une réserve formulée malgré les dispositions de l'article 19.c) (449).

(442) Voy. *supra*, note 386.

(443) Voy. D.W. GREIG, *op. cit. supra* note 256, pp. 52-53 ou A. FODELLA, *op. cit. supra* note 398, p. 140. Voy. aussi Ch. TOMUSCHAT, qui estime cependant que les travaux préparatoires montrent que la C.D.I. considèrerait qu'il était impossible d'accepter une réserve exclue en vertu des alinéas a) et b) («Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties...», *op. cit. supra* note 48, p. 477).

(444) Pour une analyse critique de cette pseudo-évidence, voy. D.W. GREIG, *ibid.* et p. 154.

(445) En ce sens, A. AUST, *op. cit. supra* note 3, p. 118 ou D.W. BOWETT, qui considère que cette conclusion s'impose a fortiori dans le cas envisagé par l'alinéa c), *op. cit. supra* note 294, p. 83.

(446) Voy. *infra* §§254-271.

(447) Voy. par ex. D.W. BOWETT, *op. cit. supra* note 294, p. 84. Pour une analyse plus nuancée, voy. D.W. GREIG, *op. cit. supra* note 256, pp. 56-57.

(448) D.W. BOWETT, *ibid.* ou G. GAJA, *op. cit. supra* note 295, p. 314. Voy. aussi Ch. TOMUSCHAT, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties...», *op. cit. supra* note 48, p. 467; voy. les références aux débats de la C.D.I., *ibid.*, note 12, ces débats sont moins concluants en ce sens que ne le laisse entendre l'auteur.

(449) Voy. *infra*, §256.

III. - LES RESERVES INCOMPATIBLES AVEC L'OBJET ET LE BUT DU TRAITÉ

172. «[D]ans les cas autres que ceux visés aux alinéas a) et b)», l'article 19.c) de la Convention exclut la formulation de réserves incompatibles «avec l'objet et le but du traité». Ce principe, constitue l'un des éléments fondamentaux du système flexible consacré par le régime de Vienne en ce qu'il tempère le «relativisme radical» (450) résultant du système pan-américain, qui réduit les conventions multilatérales à un réseau de relations bilatérales (451), tout en évitant la rigidité résultant du système de l'unanimité (452).

173. Il ne présente cependant qu'un caractère subsidiaire car il n'intervient qu'en dehors des hypothèses envisagées par les paragraphes 2 et 3 de l'article 20 de la Convention (453) et si le traité lui-même ne règle pas le sort des réserves. L'alinéa a) de l'article 19 ne pose aucun problème à cet égard : il ne fait aucun doute qu'une réserve expressément interdite par le traité ne saurait être tenue pour valide au prétexte qu'elle serait compatible avec l'objet et le but du traité (454). Mais *quid* si l'interdiction est implicite (hypothèse de l'alinéa b) ?

174. Malgré les apparences, le problème ne se pose pas de la même manière dans ce second cas. Comme cela a été indiqué ci-dessus (455), l'amendement de la Pologne à l'alinéa b) adopté par la Conférence de Vienne en 1968 a limité l'hypothèse de l'interdiction

(450) P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, op. cit. supra note 6, p. 73, §130. L'éminent auteur applique l'expression au système retenu par la C.I.J. dans son avis de 1951 sur les *Reserves à la Convention sur le génocide* (voy. supra, §§16-30); la critique est sans doute excessive (voy. infra, §§194-196; voy. aussi les §§197 et suiv.); elle s'applique fort bien, en revanche, au système panaméricain.

(451) Voy. supra, §§12-15.

(452) Voy. supra, §§7-11.

(453) Ces hypothèses ne constituent pas des cas d'interdictions implicites de formuler une réserve; ils réintroduisent, pour des traités de types particuliers, le système de l'unanimité.

(454) Dans ses observations sur le projet adopté en première lecture par la C.D.I., le Canada avait suggéré «que l'on envisage d'étendre la règle de la compatibilité des réserves avec l'objet et le but du traité aux réserves faites en application de dispositions expresses d'un traité, afin de ne pas établir des critères distincts selon que le traité garde le silence sur la formulation des réserves ou au contraire qu'il autorise les réserves» (Sir Humphrey WALDOCK, Quatrième rapport, A/CN.4/177, précité note 143, p. 48). Cette proposition (pas très claire) n'a pas été retenue par la Commission. Voy. dans le même sens celles (plus claires) de BRIGGS in *A.C.D.I.*, 1962, vol. I, 663^{ème} séance, 18 juin 1962, p. 246, §§13 et 14, et *ibid.*, 1965, vol. I, 813^{ème} séance, 29 juin 1965, p. 288, §10 *contra*. AGO, *ibid.* §16.

(455) Paragraphe 161.

implicite des réserves aux seuls traités disposant «que seules des réserves déterminées; parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question peuvent être faites». Il en résulte que les autres peuvent l'être. Mais il serait, pour le moins, paradoxal qu'elles soient admises plus libéralement que s'agissant de traités qui ne contiennent pas de clauses de réserves (456).

175. La modification apportée à l'alinéa c) lui-même à la suite de l'amendement polonais plaide d'ailleurs en ce sens. Dans le texte de la C.D.I., l'alinéa c) était rédigé ainsi :

«c) Que la réserve, à défaut de dispositions sur les réserves dans le traité, ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité» (457).

Ceci était dans la logique de l'alinéa b) qui interdisait la formulation de réserves autres que celles autorisées par une clause de réserves. Dès lors qu'une autorisation n'est plus interprétée *a contrario* comme excluant automatiquement d'autres réserves, la formule ne pouvait être maintenue (458); elle fut donc modifiée en faveur du libellé actuel par le Comité de rédaction de la Conférence de Vienne (459). En conséquence, les réserves «implicitement autorisées» du fait qu'elles ne sont pas formellement exclues par le traité doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité (460).

176. Ceci est également vrai pour certaines réserves expressément autorisées, si l'on admet l'idée que, parmi celles-ci, seules celles qui

(456) En ce sens, ROSENNE in *A.C.D.I.*, 1965, vol. I, p. 164, 797^{ème} séance, 8 juin 1965, §10.

(457) *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 220.

(458) La Pologne n'avait cependant pas déposé d'amendement à l'alinéa c) tirant les conséquences de celui qu'elle avait fait adopter à l'alinéa b). En revanche, un amendement du Viêt-Nam visant à supprimer le membre de phrase «à défaut de dispositions sur les réserves dans le traité» (A/CONF.39/C.1/L.125, Doc. off. conf., préc. note 162, p. 145, §177) a été rejeté par la Commission plénière (*ibid.*, p. 143, §181).

(459) Curieusement, le motif donné par le Président du Comité de rédaction ne lie pas cette modification de l'alinéa c) à celle apportée à l'alinéa b). K. YASSEEN s'est borné à indiquer que «[c]ertains membres du Comité ont estimé qu'il était concevable qu'un traité contienne des dispositions sur les réserves qui n'entrent dans aucune des catégories envisagées aux alinéas a) et b)» (Doc. off., C.R.A., préc. note 162, Commission plénière, 70^{ème} séance, 14 mai 1963, p. 452, §17). Voy. déjà une remarque de BRIGGS allant en ce sens lors des débats de la C.D.I. en 1965 (*A.C.D.I.*, 1965, vol. I, 796^{ème} séance, 4 juin 1965, p. 161, §37).

(460) Dans son quatrième rapport (A/CN.4/177), WALDOCK avait admis que l'«on pourrait concevoir comme exception [au principe de la validité de plein droit des réserves autorisées par le traité] le cas où le traité interdit expressément certaines réserves déterminées et, ce faisant, en autorise implicitement d'autres: en effet, on pourrait considérer que la compatibilité avec l'objet et le but du traité demeure alors une condition tacite de la recevabilité des autres réserves»; il avait écarté cette éventualité non pas parce que ceci était inexact mais parce que «ce serait peut-être pousser trop loin le souci de préciser les règles concernant les intentions des parties et il y a avantage à ce que les règles énoncées à l'article 18 restent aussi simples que possible» (préc. note 143, p. 53, §4).

sont «déterminées» sont valides de plein droit, sans avoir d'une part à être acceptées par les autres Etats contractants (461) ni, d'autre part, à passer le test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité (462). Dans l'affaire de la *Mer d'Iroise*, le Tribunal arbitral a estimé que l'article 12 de la Convention de Genève sur le plateau continental (463), qui autorise certaines réserves sans les préciser,

«ne peut pas être compris comme obligeant les Etats à accepter d'avance n'importe quelle sorte de réserve à des articles autres que les articles 1 à 13. Une telle interprétation reviendrait presque à donner licence aux Etats contractants pour une rédaction de leur propre traité. Ce ne serait que si l'article en question avait autorisé la formulation des réserves spécifiques que l'on pourrait considérer que des [sic] parties à la Convention ont accepté d'avance une réserve déterminée» (464).

Dans un cas de ce genre, l'admissibilité de la réserve «cannot be assumed simply on the ground that it is, or purports to be, a reservation to an article to which reservations are permitted» (465). Sa validité doit être appréciée à la lumière de sa compatibilité avec l'objet et le but du traité (466).

177. Apparue en matière de réserves dans l'avis de la C.I.J. de 1951 (467), cette notion s'est progressivement imposée et est devenue aujourd'hui le point d'équilibre entre la nécessité de préserver l'essentiel du traité et la volonté de faciliter l'adhésion du plus grand nombre d'Etats possible aux conventions multilatérales. Il existe cependant une grande différence entre le rôle du critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité selon l'avis de 1951 d'une part et l'alinéa c) de l'article 19 de la Convention d'autre

(461) Cf. l'article 20, §1.

(462) Voy. *supra*, §163.

(463) Voy. *supra*, §163.

(464) Sentence préc. note 198, p. 161, §39.

(465) D. BOWETT, *op. cit. supra* note 294, p. 72. En ce sens, J.M. RUDA, *ibid.*, p. 182 ou G. TEBOUL, *op. cit. supra* note 179, pp. 691-692. *Contra* P.-H. IMBERT, «La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977...», *op. cit. supra* note 419, pp. 50-53; cette opinion, très fortement argumentée, ne tient pas suffisamment compte des conséquences de la modification apportée à l'alinéa c) lors de la Conférence de Vienne (voy. *supra*, §175).

(466) Ch. TOMESCHAT donne un exemple pertinent : «If, for example, a convention on the protection of human rights prohibits in a 'colonial clause' the exception of dependent territories from the territorial scope of the treaty, it would be absurd to suppose that consequently reservations of any kind, including those relating to the most elementary guarantees of individual freedom, are authorised even if by these restrictions the treaty would be deprived of its very substance» «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties...», *op. cit. supra* note 48, p. 474.

(467) Voy. *supra*, §§16-30.

part (468). Dans l'avis, il s'appliquait aussi bien à la formulation des réserves qu'à celle des objections :

«L'objet et le but assignent ainsi des limites tant à la liberté d'apporter des réserves qu'à celle d'y objecter» (469).

Dans la Convention, il est limité aux seules réserves : l'article 20 ne limite pas la faculté des autres Etats contractants de formuler des objections (470).

178. Il ne fait aucun doute qu'aujourd'hui ce critère de validité de la formulation des réserves est le reflet d'une règle coutumière que nul ne remet en cause (471). Toutefois, son contenu demeure flou et les conséquences de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité sont empreintes d'une certaine incertitude.

1. - La notion d'objet et de but du traité

179. Deux auteurs concluent une étude minutieuse consacrée à la notion d'«objet et de but d'un traité» en constatant à regret «that the object and purpose of a treaty are indeed something of an enigma» (472). Il est certain que la tentative constituée par l'alinéa c) de l'article 19 pour introduire un élément objectif dans un système largement subjectif n'est pas pleinement concluante (473) : «The claim that a particular reservation is contrary to object and purpose is easier made than substantiated» (474). Dans leur opinion collective, les Juges dissidents de 1951 avaient critiqué la solution retenue par la majorité dans l'affaire des *Réserves à la Convention sur le génocide* en faisant valoir qu'elle ne permettait pas d'«aboutir

(468) Voy. M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, p. 9; I. LIJNZAAD, *op. cit. supra* note 11, p. 40; M. RAMA-MONTALDO, *op. cit. supra* note 282, pp. 1265-1266 ou I. SINCLAIR, *op. cit. supra* note 3, p. 61.

(469) *Rec. 1951*, p. 24.

(470) Voy. le commentaire de l'article 20, §§72 et suiv.

(471) Voy. les nombreux arguments en ce sens donnés par C. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 138-143 et *supra*, §§124-134.

(472) I. BUFFARD et K. ZEMANEK, «The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?», *A.R.I.E.L.*, 1998, p. 342. Les incertitudes liées à ce critère sont unanimement relevées (et critiquées avec plus ou moins de virulence) par la doctrine : voy. par exemples A. AUST, *op. cit. supra* note 3, p. 111; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 7^{me} éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 273; G.G. FITZMAURICE, *op. cit. supra* note 30, p. 12; M. RAMA-MONTALDO, *op. cit. supra* note 282, p. 1265; Ch. ROUSSEAU, *op. cit. supra* note 184, p. 126; G. TEBOUL, *op. cit. supra* note 179, pp. 695-696 ou A. PELLET, Rapport préliminaire, A/CN.4.470, p. 52, §109.

(473) Selon J.K. KOH, «[t]he International Court thereby introduced purposive words into the vocabulary of reservations which had previously been dominated by the term 'consent'» (*op. cit. supra* note 36, p. 85).

(474) I. LIJNZAAD, *op. cit. supra* note 11, pp. 82-83.

à des résultats définitifs et cohérents» (475) et telle avait été l'un des principaux motifs de la résistance de la C.D.I. à l'égard du système flexible retenu par la C.I.J. en 1951 :

«Même si l'on peut considérer comme possible en principe de faire la distinction entre les dispositions qui touchent à l'objet et au but de la convention et celles qui s'y rapportent moins directement, la Commission ne voit pas comment cette distinction pourrait être autre que subjective» (476).

Et Sir Humphrey Waldock lui-même, dans son si important premier rapport sur le droit des traités de 1962 (477), manifestait encore ses hésitations :

«... le principe appliqué par la Cour est essentiellement subjectif et n'est pas susceptible de servir de critère général pour déterminer si un Etat est ou n'est pas en droit d'être considéré comme partie à un traité multilatéral. Ce critère pourrait être retenu si la question de la 'compatibilité avec le but et l'objet du traité' pouvait toujours être tranchée objectivement; mais tel n'est pas le cas...

Néanmoins, le critère de la 'compatibilité avec l'objet et le but de la Convention' que la Cour a appliqué, s'inspire incontestablement d'une notion utile dont devront tenir compte tant les Etats qui formuleront des réserves que ceux qui auront à décider s'ils consentiront ou non à une réserve formulée par un autre Etat. [...] Tout en estimant que le principe appliqué par la Cour a une valeur certaine en tant que notion générale, nous sommes d'avis qu'il serait assez difficile d'en faire un critère du statut en tant que partie à un traité, d'un Etat qui a formulé une réserve parallèlement au critère objectif de l'acceptation ou du rejet de la réserve par les autres Etats» (478).

(475) *Rec. 1951*, p. 44.

(476) Doc. A/1858 préc. note 22, p. 6, §24 (texte anglais *I.L.C. Report*, 1951, vol. II, p. 128, §24).

(477) Voy. *supra* §§44-49.

(478) *A.C.D.I.*, 1962, vol. II, p. 75, §10; dans le même sens, voy. la présentation orale de WALDOCK, *A.C.D.I.*, 1962, vol. I, 651^{ème} séance, 25 mai 1962, p. 156, §§4 à 6; durant la discussion, le Rapporteur spécial n'a cependant pas hésité à qualifier de «critère» le principe de la compatibilité (voy. p. 163, §85 - ce paragraphe montre aussi que, dans l'esprit de Waldock, dès l'origine, ce critère était décisif s'agissant de la formulation des réserves (par opposition aux objections pour lequel seul le principe consensuel lui semblait praticable). La formule retenue dans le projet d'article 17.2.a) proposée par le Rapporteur spécial reflétait cette position incertaine. «Tout Etat qui formule une réserve conformément aux dispositions de l'alinéa a) du présent article [sur cette disposition, voy. *supra* §151], doit s'assurer que ladite réserve est compatible avec l'objet et le but du traité» (*ibid.*, p. 69). Ce principe fut généralement approuvé durant les débats de la Commission en 1962 (voy. not. BRIGGS (*A.C.D.I.*, 1962, vol. I, 651^{ème} séance, 25 mai 1962, p. 156, §23); LACHS (p. 160, §54); ROSENNE (p. 162, §79 - qui n'hésite pas à parler de «critères» - (voy. aussi p. 163, §82 et 653^{ème} séance, 29 mai 1962, p. 175, §27); CASTRÉN (652^{ème} séance, p. 166, §25) comme en 1965 (YASSEEN (*A.C.D.I.*, 1965, vol. I, 797^{ème} séance, 8 juin 1965, p. 165, §20); TOUNKINE (p. 165, §25), voy. cependant les objections de DE LUNA (652^{ème} séance, 28 mai 1962, p. 165, §18 et 653^{ème} séance p. 179, §67); GROS (652^{ème} séance, pp. 167-168, §§47-51) ou AGO (653^{ème} séance, p. 176, §34) ou durant le débat de 1965, celles de RUDA (*A.C.D.I.*, 1965, vol. I, 796^{ème} séance, 4 juin 1965, p. 161, §55 et 797^{ème} séance, 8 juin 1965, p. 169, §69 et Aco, 798^{ème} séance, 9 juin 1965, p. 177, §71). Jusqu'à la fin, Tsuruoka, le membre japonais de la Commission, s'est opposé à l'alinéa c), raison pour laquelle il s'est abstenu lors du vote sur l'ensemble du projet d'article 18 (adopté par 16 voix contre zéro et une abstention le 2 juillet 1965 - *ibid.*, 816^{ème} séance, p. 308, §42).

Il s'agissait sans doute d'une prudence tactique car la «conversion» du même Rapporteur spécial à la compatibilité avec l'objet et le but du traité non seulement comme critère de la validité des réserves mais aussi comme élément clé à prendre en considération en matière d'interprétation (479), fut rapide (480).

180. Ce critère présente en effet de grands mérites. Et, nonobstant d'inévitables «marges de subjectivité» limitées cependant par le principe général de bonne foi, l'alinéa c) de l'article 19 fournit sans aucun doute une directive utile permettant de résoudre la plupart des problèmes qui se posent, d'une façon raisonnable.

a) *Le sens de l'expression «objet et but du traité»*

181. Les travaux préparatoires de cette disposition ne sont pas d'un très grand secours pour déterminer le sens de l'expression (481). Comme on l'a fait remarquer (482), le commentaire du projet d'article 16 adopté en 1966 par la C.D.I., d'habitude plus prolixe, se réduit à un paragraphe et celui-ci ne fait pas même allusion aux difficultés liées à la définition de l'objet et du but du traité, sinon, très indirectement, par un prudent (ou imprudent? (483)) renvoi au projet d'article 17 (484) : «l'admissibilité ou la non-admissibilité d'une réserve relevant du paragraphe [*sic*] c) dépend largement, dans tous les cas, de la mesure dans laquelle les autres Etats contractants la jugent acceptable» (485).

182. La discussion de l'alinéa c) à la C.D.I. (486) puis lors de la Conférence de Vienne (487) ne jette pas davantage de lumière sur le sens de l'expression «objet et but du traité» aux fins de cette disposition, non plus que les autres dispositions de la Convention qui l'utilisent.

(479) Voy. l'article 31, §1, de la Convention.

(480) Voy. I. BUFFARD et K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 472, pp. 320-321.

(481) Voy. *ibid.*, pp. 319-321.

(482) C. REDGWELL, «The Law of Reservations in Respect of Multilateral Conventions», in J.P. GARDNER (ed.), *op. cit. supra* note 205, p. 7.

(483) Voy. *infra*, les §§66-71 du commentaire de l'article 20.

(484) Devenu l'article 20 de la Convention.

(485) *A.C.D.I.*, 1966, vol. II, p. 225, §17). Le commentaire de la disposition correspondante adoptée en 1962 (article 18, §1 d) ne dit rien de plus (voy. *A.C.D.I.*, 1962, vol. II, p. 199, §15).

(486) Voy. *supra* note 478.

(487) Il est significatif qu'aucun des amendements proposés au projet d'article 16 de la C.D.I. - y compris les plus radicaux (voy. *supra* note 437) - ne remettait le principe en question. Tout au plus ceux de l'Espagne, des Etats-Unis et de la Colombie proposaient-ils d'ajouter la notion de «nature» du traité ou de la substituer à celle d'objet (voy. *supra* §93 et note 393).

183. Celles-ci sont au nombre de sept (488), dont une – l'article 20, paragraphe 2, concerne les réserves. Mais aucune ne définit la notion d'objet et de but du traité ni ne donne de « pistes » particulières à cette fin (489). Tout au plus peut-on en déduire qu'il convient de se placer à un assez large degré de généralité : il ne s'agit pas de « décortiquer » le traité, d'examiner ses dispositions l'une après l'autre, mais bien d'en dégager l'« essence », le « projet » global :

- il est unanimement admis que l'article 18, paragraphe 1, de la Convention n'oblige pas l'Etat signataire à *respecter* le traité, mais seulement à ne pas le rendre inopérant le jour où il exprimera son consentement à être lié (490);
- l'article 58, paragraphe 1.b).ii), est rédigé dans le même esprit : par hypothèse, il ne s'agit pas d'imposer le respect du traité, puisque l'objet même de cette disposition est de déterminer à quelles conditions l'on peut en suspendre l'application, mais de préserver ce qui est essentiel aux yeux des Parties contractantes;
- l'article 41, paragraphe 1.b).ii), vise, lui aussi à sauvegarder la « réalisation effective [...] du traité dans son ensemble » (491) en cas de modification de celui-ci dans les relations entre certaines parties seulement,
- de même qu'une « violation substantielle » du traité est définie, par opposition à une autre violation, comme « la violation d'une disposition essentielle » par l'article 60, paragraphe 3.b); et
- aux termes des articles 31, paragraphe 1, et 33, paragraphe 4, l'objet et le but du traité sont supposés « éclairer » le sens général du traité pour en permettre l'interprétation (492).

(488) Cf. les articles 18, 20, §2, 31, §1, 33 §4, 41, §1.b).ii), 58, §1.b).ii) et 60, §3.b). On peut en rapprocher les dispositions relatives aux « bases » ou aux « conditions essentielles du consentement à être liées » (cf. P. REUTER, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », *op. cit. supra* note 378, p. 627 (ou p. 366)).

(489) Comme I. BUFFARD et K. ZEMANEK l'ont relevé (*op. cit. supra* note 472, p. 322), les commentaires du projet d'article de la C.D.I. de 1966 sont à peu près muets sur la question.

(490) Voy. par exemples P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, *op. cit. supra* note 6, p. 62, qui définit l'obligation résultant de l'article 18 comme une obligation de comportement ou Ph. CAHIER, « L'obligation de ne pas priver un traité de son objet et de son but avant son entrée en vigueur », *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris, Nathan, t. I, p. 31.

(491) Dans cette disposition, les mots « de l'objet et du but » – qui sont remplacés par des points de suspension dans la citation ci-dessus obscurcissent le sens plus qu'ils ne l'éclaircissent.

(492) Voy. C.P.J.I., arrêt du 16 décembre 1936, *Série A/B*, n° 68, p. 60; voy. aussi S. BASTID, *Les traités dans la vie internationale – conclusion et effets*, Paris, Economica, 1985, p. 131 ou S. SUR, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 227-230.

184. Il ne fait guère de doute que l'expression « objet et but du traité » revêt bien le même sens dans toutes ces dispositions. Une preuve en est que Waldock, qu'il n'est pas exagéré de considérer comme l'« inventeur » ou, en tout cas, l'« accoucheur » du droit des réserves aux traités dans la Convention de Vienne, s'est expressément référé à celles-ci (493) pour justifier l'inclusion de ce critère dans l'alinéa c) par une sorte de raisonnement *a fortiori* : puisque « les objets et les buts des traités sont des critères d'une importance capitale pour l'interprétation des traités » et que « la Commission a proposé que l'Etat qui a signé, ratifié, accepté ou approuvé un traité ou y a adhéré soit tenu, même avant l'entrée en vigueur du traité, de s'abstenir d'actes par l'effet desquels les objets du traité seraient réduits à néant », il serait « assez paradoxal d'admettre [...] le droit de faire des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité » (494). Mais ceci ne résout pas le problème : nous avons un critère, et un critère unique, polyvalent; mais pas une définition du critère.

185. La jurisprudence internationale ne permet pas non plus de le cerner, alors même qu'il y est d'usage courant (495), quoique l'on y trouve quelques indications utiles, notamment dans l'avis de la C.I.J. de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*.

186. L'expression semble avoir été utilisée pour la première fois sous sa forme actuelle (496) dans l'avis consultatif de la C.P.J.I. du 31 juillet 1930 relatif à la *Question des « communautés » gréco-bulgares* (497). Mais il fallut attendre l'arrêt de 1986 dans l'affaire du *Nicaragua* (498) pour que la Cour mondiale mette fin à ce que l'on

(493) Plus précisément aux (actuels) articles 18 et 31.

(494) Quatrième rapport, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 54, §6.

(495) Voy. à nouveau I. BUFFARD et K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 472, pp. 312-319 et *infra*, note 500.

(496) I. BUFFARD et K. ZEMANEK relèvent (*ibid.* p. 315) que, déjà, l'avis consultatif de la C.P.J.I. du 23 juillet 1926 sur la *Compétence de l'O.I.T. pour réglementer accessoirement le travail personnel du patron*, utilisait l'expression « l'objet et la portée » à propos de la Partie XIII du Traité de Versailles (*Série B*, n° 13, p. 18). Les mêmes auteurs, qui citent les décisions pertinentes de la Cour mondiale de façon exhaustive, décrivent la difficile fixation d'une terminologie définitive (en anglais surtout) dans la jurisprudence de la Cour (*ibid.* pp. 315-316).

(497) Les termes sont cependant inversés : la Cour se fonde sur « le but et l'objet » de la Convention gréco-bulgare du 27 novembre 1919, *Série B*, n° 17, p. 21.

(498) Arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, C.I.J., *Rec. 1986*, pp. 136-137, §§271-273, p. 138, §275 ou p. 140, §280.

a appelé un «terminological chaos» (499), sans doute sous l'influence de la Convention de Vienne (500).

187. Il est cependant difficile d'inférer grand-chose de cette jurisprudence relativement abondante pour ce qui est de la méthode à suivre pour déterminer l'objet et le but d'un traité déterminé : la Cour procède souvent par simples affirmations (501) et, quand elle se montre soucieuse de justifier sa position, elle suit une démarche empirique. Tout au plus peut-on relever qu'elle a déduit l'objet et le but d'un traité :

- de son titre (502),
- de son préambule (503),
- d'un article placé en tête du traité qui «doit être regardé comme fixant un objectif à la lumière duquel les autres dispositions du traité doivent être interprétées et appliquées» (504),

(499) I. BUFFARD et K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 472, p. 316.

(500) Dorénavant, la terminologie employée par la Cour semble fermement fixée, cf. les arrêts du 20 décembre 1988, *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras) (compétence et recevabilité)*, Rec. 1988, p. 89, §46; 14 juin 1993, *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen*, Rec. 1993, pp. 49-51, pars 25-27; 3 février 1994, *Différend territorial (Libye/Tchad)*, Rec. 1994, p. 25-26, §52; 12 décembre 1996, *Plateformes pétrolières (Exception préliminaire)*, Rec. 1996, p. 813, §27; 25 septembre 1997, *Projet Gabikovo-Nagy-maros*, Rec. 1997, p. 64, §104 et p. 67, §110; 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (exceptions préliminaires)*, Rec. 1998, p. 318, §98; 13 décembre 1999, *Île de Kasikili/Sedudu*, Rec. 1999, pp. 1072-1073, §43; 27 juin 2001, *LaGrand*, Rec. 2001, pp. 502-503, §102; 17 décembre 2002, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (fond)*, Rec. 2002, p. 652, §51; 31 mars 2004, *Arena et autres ressortissants mexicains*, Rec. 2004, p. 48, §85; 15 décembre 2004, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique) (exceptions préliminaires)*, §102; avis consultatif du 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, Rec. 2004, p. 179, §109; arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, §§87 et 77.

(501) Voy. par exemples : C.P.J.I., avis consultatif du 8 décembre 1927, *Compétence de la Commission européenne du Danube*, Série B, n° 14, p. 64 : «Il est évident que l'objet du Traité de Paris [de 1856] [...] a été d'assurer la liberté de navigation...»; C.I.J., avis consultatif du 11 juillet 1950, *Statut international du sud-ouest africain*, Rec. 1950, p. 136-137 et les arrêts du 14 juin 1993, préc., p. 50, §27, 25 septembre 1997, préc., p. 67, §110, 11 juin 1998, préc., p. 318, §98, 27 juin 2001, préc., p. 502, §102 ou 15 décembre 2004, préc., §102.

(502) Cf. C.I.J., arrêt du 6 juillet 1957, *Certains emprunts norvégiens*, Rec. 1957, p. 24; mais voy. les arrêts du 27 juin 1986, préc. note 498 p. 137, §273, et du 12 décembre 1996, préc. note 500, p. 814, §28.

(503) Cf. C.P.J.I., avis consultatif du 31 juillet 1930, préc. note 497, p. 19 ou C.I.J., arrêts du 27 août 1952, *Droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, Rec. 1952, p. 196, du 27 juin 1986, préc. note 504, Rec. 1986, p. 138, §275, du 3 février 1994, préc. note 500, pp. 25-26, §52, du 17 décembre 2002, préc. *ibid.*, p. 652, §51; voy. aussi l'opinion dissidente d'ANZILOTTI jointe à l'avis consultatif de la C.P.J.I. du 15 novembre 1932, *Interprétation de la Convention de 1919 concernant le travail de nuit des femmes*, Série A/B, n° 50, p. 384.

(504) C.I.J., arrêt du 12 décembre 1996, préc. note 500, p. 814, §28.

- d'un article du traité qui démontre «le principal souci de chaque partie contractante» lors de la conclusion du traité (505),
- de ses travaux préparatoires (506) ou
- de son économie générale (507).

Mais il est difficile de considérer qu'il s'agit là de «méthodes» à proprement parler : ces différents éléments sont pris en compte, indifféremment, séparément ou cumulativement, et la Cour se forge une «impression générale» dans laquelle l'intuition et la subjectivité ont, inévitablement, une grande part (508).

188. Pour pallier les inconvénients liés à ces incertitudes, on s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de décomposer le concept d'«objet et de but du traité» en recherchant quel était son objet d'une part, son but d'autre part. Ainsi, lors de la discussion du projet d'article 55 relatif à la règle *Facta sunt servanda*, Reuter a-t-il fait valoir que «l'objet d'une obligation est une chose et le but en est une autre» (509). Comme on l'a fait remarquer, la distinction est courante dans la doctrine française (ou francophone) (510) alors qu'elle soulève le scepticisme des auteurs de formation allemande ou anglaise (511).

189. Toutefois, un auteur (français) montre, de façon convaincante, que la jurisprudence internationale «ne permet pas de trancher la question» (512). Et ceci d'autant moins que, ni l'objet – défini comme le contenu même du traité (513) – ni, moins encore,

(505) C.I.J., arrêt du 13 décembre 1999, préc. note 500, pp. 1072-1073, §43.

(506) Souvent à titre de confirmation de l'interprétation fondée sur le texte lui-même; cf. C.I.J., arrêt du 3 février 1994, préc. note 500, pp. 27-28, §§55-56, 13 décembre 1999, préc. *ibid.*, p. 1074, §46 ou avis consultatif du 9 juillet 2004, préc. *ibid.*, p. 179, §109; voy. aussi l'opinion dissidente d'ANZILOTTI, préc. note 503, pp. 388-389. Dans son avis consultatif du 28 mai 1951, préc. note 18, sur les *Reserves à la Convention sur le génocide*, la C.I.J. accorde un certain poids aux «origines» de la Convention (Rec. 1951, p. 23).

(507) Cf. C.P.J.I., avis consultatifs du 23 juillet 1926, *Compétence de l'O.I.T. pour régler l'accès au travail du patron*, Série B, n° 13, p. 18 ou du 31 juillet 1930, préc. note 497, p. 20 ou C.I.J., arrêt du 12 décembre 1996, préc. note 500, p. 813, §27; 17 décembre 2002, préc. *ibid.*, p. 652, §51.

(508) «One could just as well believe that it was simply by intuition» (I. BUFFARD et K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 472, p. 319).

(509) A.C.D.I., 1964, vol. I, 19 mai 1964, 726^{ème} séance, p. 28, §77. Le même auteur manifeste cependant ailleurs un certain scepticisme quant à l'utilité de la distinction (voy. *op. cit. supra* note 378, p. 628 : «Le développement de l'ordre juridique international, cité *ibid.*, p. 367).

(510) Voy. I. BUFFARD et K. ZEMANEK, *op. cit. supra* note 472, pp. 325-327.

(511) *Ibid.* pp. 322-325 et 327-328.

(512) G. TEBOUL, *op. cit. supra* note 179, p. 696.

(513) Voy. par exemple J.-P. JACQUE, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 142 : «L'objet d'un acte réside dans les droits et obligations auxquels il donne naissance».

le but du traité – le résultat recherché (514) – ne demeurent immuables dans le temps, comme le montre clairement la théorie de l'*emergent purpose* avancée par Sir Gerald Fitzmaurice : «The notion of object or [and?] purpose is itself not a fixed and static one, but is liable to change, or rather develop as experience is gained in the operation and working of the convention» (515).

190. Il n'est dès lors guère surprenant que les tentatives de la doctrine pour définir une méthode générale de détermination de l'objet et du but du traité se révèlent décevantes. La plus convaincante, due à Mme. Buffard et à M. Zemanek, suggère de procéder en deux temps : dans une première étape, il conviendrait d'avoir «recourse to the title, preamble and, if available, programmatic articles of the treaty»; dans une seconde, la conclusion ainsi atteinte *prima facie* devrait être testée à la lumière du texte du traité (516). Mais la mise en œuvre de cette méthode, apparemment logique (517), à des hypothèses concrètes s'avère peu concluante : les auteurs s'avouent incapables de déterminer objectivement et de manière simple l'objet et le but de quatre des cinq traités ou groupes de traités retenus (518) et concluent que la notion, décidément, demeure une «énigme» (519).

191. Les autres tentatives doctrinales ne sont guère plus convaincantes même si leurs auteurs font preuve de moins de modestie et se montrent souvent catégoriques quant à la définition de l'objet et du but du traité étudié. Il est vrai qu'il s'agit souvent de conventions de droits de l'homme qui se prêtent facilement à des conclusions inspirées par des prises de position idéologiquement orientées, dont l'une des manifestations consiste à soutenir que toutes les dispositions de fond de ces traités relèvent de leur objet et de leur but

(514) *Ibidem*.

(515) «The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and other Treaty points», *B.Y. B.I.L.*, 1957, p. 208. Voy. aussi G. TEBoul, *op. cit. supra* note 179, p. 697 ou W.A. SCHARAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *op. cit. supra* note 11, p. 479.

(516) *Op. cit. supra* note 472, p. 333.

(517) Encore qu'elle inverse les priorités résultant de l'article 31 de la Convention de Vienne, qui fait des «termes du traité» le point de départ de toute interprétation. Voy. aussi l'avis consultatif préc. note 271 de la C.I.A.D.H. dans l'affaire des *Restrictions à la peine de mort*, p. 304, §50.

(518) Les cinq traités considérés sont : la Charte des Nations Unies, les Conventions de Vienne sur les relations diplomatique et sur le droit des traités, les conventions générales de droits de l'homme et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et les autres conventions de droits de l'homme portant sur des droits spécifiques; la méthode proposée ne s'avère probante que dans cette dernière hypothèse (*ibid.*, pp. 334-342).

(519) Voy. *supra*, §179.

(ce qui, poussé à ses conséquences logiques, revient à exclure la validité de toute réserve) (520).

192. Etant donné la très grande variété des situations, leur mutabilité dans le temps (521), il paraît impossible de réduire à l'unité les méthodes de détermination de l'objet et du but d'un traité et force est d'admettre qu'une certaine dose de subjectivité est inévitable – ce qui n'a rien d'incongru en droit en général, et en droit international en particulier. Il s'agit au fond d'un problème d'interprétation : *mutatis mutandis*, la «règle générale d'interprétation» énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne est applicable à la recherche de l'objet et du but du traité (522).

193. Sans doute faut-il convenir que cette conclusion est en partie tautologique (523) puisque, aux termes du paragraphe 1 de cette disposition :

«Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but».

Mais cette disposition vise en réalité à interpréter une clause déterminée d'un traité (524) et, de même que «les objets et les buts des traités sont des critères d'une importance capitale pour l'interprétation des traités» (525), de même, lorsqu'il s'agit de déterminer le but et l'objet du traité dans son ensemble, il faut interpréter celui-ci de bonne foi, globalement, suivant le sens ordinaire de ses termes, dans

(520) Pour une critique de cette vue extrême, voy. W.A. SCHARAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *op. cit. supra* note 11, pp. 476-477 ou «Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights...», *op. cit. supra* note 218, pp. 291-293. Sur la position du Comité des droits de l'homme, voy. *infra*, §202.

(521) Voy. *supra*, §189. On peut y ajouter la question de savoir si l'accumulation de réserves ponctuelles, dont chacune prise isolément, serait admissible, n'entraînerait pas *in fine*, leur incompatibilité avec l'objet et le but du traité (voy. B. CLARK, *op. cit. supra* note 11, p. 314 ou R. COOK, *op. cit. supra* note 224, pp. 706-707).

(522) Voy. l'avis consultatif de la C.I.A.D.H. du 8 septembre 1983 dans l'affaire des *Restrictions à la peine de mort*, préc. note 271, §63, p. 306; voy. aussi L. SUCHARIKA-BEHRMAN, *op. cit. supra* note 290, p. 76. Tout en se montrant consciente que les règles relatives à l'interprétation des traités n'étaient pas purement et simplement transposables aux déclarations unilatérales formulées par les Parties au sujet d'un traité (réserves et déclarations interprétatives), la C.D.I. a admis que ces règles constituaient des directives utiles à cet égard (*cf.* le projet de directive 13.1 («Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives») et son commentaire *A.C.D.I.*, 1999, vol. II, 1^{re} partie, pp. 113-116). Ceci est *a fortiori* exact lorsqu'il s'agit d'apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité lui-même.

(523) Voy. W.A. SCHARAS, «Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform», *op. cit. supra* note 179, p. 48.

(524) Comme le montre le paragraphe 2 qui inclut dans la définition du contexte l'ensemble du texte «preamble et annexes inclus».

(525) Sir Humphrey Wallock, quatrième rapport, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 54, §6; voy. *supra*, §184.

son contexte, y compris le préambule, en tenant compte de la pratique (526) et, le cas échéant, des travaux préparatoires et des « circonstances dans lesquelles le traité a été conclu » (527).

194. Comme le faisait valoir Ago durant les débats de la C.D.I. relatifs au projet d'article 17 (19 dans la Convention de Vienne) :

« On ne peut se prononcer sur la recevabilité des réserves qu'en se reportant aux termes du traité dans son ensemble. Le plus souvent, il est possible de faire le départ entre les clauses essentielles d'un traité, qui en général ne peuvent faire l'objet de réserves, et les clauses moins importantes au sujet desquelles il est possible de formuler des réserves » (528).

Ce sont les deux éléments fondamentaux : le but et l'objet ne peuvent être dégagés que de l'examen du traité dans son ensemble (529); et ce critère conduit à écarter les réserves aux clauses « essentielles » (530) et à elles seules.

195. En d'autres termes, c'est « l'efficacité » (531), « la raison d'être » (532) du traité, son « noyau fondamental » (533), qu'il s'agit de préserver. « It implies a distinction between all obligations in the treaty and the core obligations that are the treaty's *raison d'être* » (534).

196. Ce sont là, assurément, des directives très générales, qui ne permettent pas de résoudre tous les problèmes mais, appliquées de bonne foi et avec un peu de bon sens, elles peuvent certainement y contribuer.

b) La mise en œuvre du critère

197. Dans certains cas, leur application ne fait pas problème. Il va de soi qu'une réserve à la Convention sur le génocide par laquelle

(526) Cf. le paragraphe 3 de l'article 31.

(527) Article 33.

(528) A.C.D.I., 1962, vol. I, 651^{ème} séance, 25 mai 1962, p. 158, § 35.

(529) Il s'agit d'examiner si la réserve est compatible « avec l'esprit général » du traité (BARTOS, *ibid.*, p. 159, § 40).

(530) Et non celles qui ne touchent « que le détail » (PAREDES, *ibid.*, p. 163, § 89).

(531) Voy. C.E.D.H., *Loizidou*, arrêt préc. note 227, p. 27, § 75 : l'acceptation de régimes distincts de mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme « amoindrirait [...] l'efficacité de la Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen ».

(532) C.I.J., avis consultatif du 28 mai 1951, préc. note 18, p. 21 : « il ne peut appartenir à aucun des contractants de détruire ou de compromettre [...] ce qui est le but, la raison d'être de la convention » (l'expression « raison d'être » figure dans le texte anglais).

(533) Discours du représentant de la France à la 3^{ème} Commission de l'Assemblée générale, 11^{ème} session, 703^{ème} séance, 6 décembre 1956, reproduit in A.C. KISS, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, Paris, C.N.R.S., 1962, t. I, p. 277, n° 552.

(534) L. LUNZAAD, *op. cit. supra* note 11, p. 83; voy. aussi p. 59 ou L. SUCHARIPA-BEHRMANN, *op. cit. supra* note 290, p. 76.

un Etat se réserverait la possibilité de commettre certains des actes prohibés sur son territoire ou certaines parties de celui-ci serait incompatible avec l'objet et le but de celle-ci (535). Dans cet esprit, par exemple, l'Allemagne et plusieurs pays européens ont expliqué à l'appui de leurs objections à une réserve du Viet Nam à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988, que :

« La réserve formulée au sujet de l'article 6 est contraire au principe *'aut dedere aut judicare'* selon lequel les auteurs d'infraction doivent être traduits en justice ou extradés vers les Etats qui en font la demande.

De l'avis du Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, la réserve en question porte atteinte à l'objet de la Convention, tel qu'il figure au paragraphe 1 de l'article 2, qui est de promouvoir la coopération entre les parties de telle sorte qu'elles puissent s'attaquer avec plus d'efficacité à la dimension internationale du trafic illicite de stupéfiants.

La réserve peut aussi susciter des doutes quant à l'engagement du Gouvernement de la République socialiste du Viet Nam de respecter les dispositions fondamentales de la Convention » (536).

(535) La question se pose de manière particulière en ce qui concerne la portée de la peu glorieuse « clause coloniale » figurant à l'article XII de la Convention et contestée non sans raison par les pays du bloc soviétique qui avaient fait des réserves à cette disposition (voy. *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, pp. 126-134) : c'est, ici, la validité de cette quasi-clause de réserve qui est en cause; mais ceci pose la question de la validité des objections à ces réserves.

(536) Voy. *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, p. 443; dans le même sens voy. les objections de la Belgique, du Danemark, de l'Espagne, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal, de la Suède et du Royaume-Uni et celles, moins explicitement motivées, de l'Autriche et de la France, *ibid.*, pp. 443-445. Voy. également l'objection de la Norvège, ou celles, moins explicites, de l'Allemagne et de la Suède relatives à la déclaration tunisienne concernant l'application de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie de 1961, *ibid.*, pp. 374-375. Pour un autre exemple significatif, voy. la déclaration du Pakistan relative à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif de 1997, excluant de l'application de la Convention aux « luttes y compris la lutte armée, pour la réalisation du droit à l'autodétermination lancées contre une occupation ou une domination étrangère », *ibid.*, vol. II, pp. 132-133; nombre d'Etats ont considéré cette « déclaration » comme contraire à l'objet et au but de la Convention qui est la « répression des attentats terroristes à l'explosif, sans égard au lieu où ils sont commis ni à leur auteurs »; voy. les objections de l'Allemagne, de l'Australie, de l'Autriche, du Canada, du Danemark, de la Finlande, de la France, de l'Espagne, des Etats-Unis d'Amérique, de l'Inde, de l'Italie, du Japon (motivée de manière particulièrement précise), de la Norvège, de la Nouvelle-Zélande, des Pays-Bas, du Royaume-Uni et de la Suède, *ibid.*, pp. 134-139. De même la Finlande a justifié son objection à la réserve du Yémen à l'article 5 de la Convention de 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale par le fait que « des dispositions interdisant la discrimination raciale pour l'octroi de droits politiques et de libertés civiles aussi fondamentaux que le droit de prendre part aux affaires publiques, le droit de se marier et de choisir son conjoint, le droit d'hériter, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, sont capitales dans une convention contre la discrimination raciale » (*ibid.*, vol. I, p. 146).

198. Il peut se faire aussi que la réserve prohibée porte sur des dispositions moins centrales mais n'en soit pas moins contraire à l'objet et au but du traité dont elle rend la mise en œuvre impossible; c'est d'ailleurs ce qui explique la méfiance de la Convention de Vienne vis-à-vis des réserves aux actes constitutifs des organisations internationales (537). Ainsi, en ratifiant la Convention contre la torture de 1984, la R.D.A. déclara qu'elle ne participerait aux dépenses liées au fonctionnement du Comité contre la torture que dans la mesure où elle acceptait la compétence de cet organe (538); cette «déclaration» (qui était en fait une réserve) suscita des objections de la part du Luxembourg qui fit valoir à juste titre qu'elle aurait pour effet «d'inhiber les activités du Comité d'une façon incompatible avec l'objet et le but de la Convention» (539).

(i) *Les réserves aux clauses de règlement obligatoire des différends*

199. Dans le même esprit, les réserves aux clauses de règlement obligatoire des différends posent des problèmes particuliers. Dans son premier rapport sur le droit des traités, Fitzmaurice affirmait catégoriquement: «Il serait inadmissible que certaines parties à un traité fussent liées par une obligation relative au règlement des litiges que soulève ce traité lorsque cette disposition est obligatoire pour les autres parties» (540). Inspirée à l'évidence par le débat de guerre froide lié aux réserves à la Convention sur le génocide, cette position est trop radicale; elle a d'ailleurs été infirmée par la C.I.J. qui, dans ses ordonnances du 2 juin 1999 relatives aux demandes en indication de mesures conservatoires formulées par la Yougoslavie contre l'Espagne et les Etats-Unis dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, a clairement reconnu la validité des réserves formulées par ces deux Etats à l'article IX de la Convention de 1948 lui donnant compétence pour tous les différends relatifs à celle-ci (541) alors même que certaines Parties avaient considéré que de telles réserves n'étaient pas compatibles avec l'objet et le but de la

(537) Cf. l'article 20, §3; voy. *infra* le commentaire de cette disposition, §§106-115.

(538) Voy. *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, p. 290, note 3, voy. aussi R. W. EDWARDS, Jr., *op. cit. supra* note 304, pp. 391-393 et 400.

(539) *Ibid.*, p. 291. Quinze autres Etats firent des objections dans le même sens.

(540) A/CN.4/101, préc. note 114, p. 130, §96; tel était l'objet du projet d'article 37, §4, dont le Rapporteur spécial proposait l'adoption (*ibid.*, p. 118).

(541) *Rec. 1999*, p. 772, §§29-33, et pp. 923-924, §§21-25.

Convention (542). Dans son ordonnance en indication des mesures conservatoires dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*, la Cour a retenu la même solution à l'égard de la réserve rwandaise à la même disposition en précisant que «ladite réserve ne porte pas sur le fond du droit, mais sur la seule compétence de la Cour» et «qu'elle n'apparaît dès lors pas contraire à l'objet et au but de la convention» (543). Cette conclusion est corroborée par le caractère très usuel de telles réserves et la pratique erratique des objections qui y sont faites (544). En revanche, il va de soi que, si l'obligation de règlement obligatoire est l'objet même du traité, une réserve l'excluant serait, sans aucun doute, contraire à l'objet et au but de celui-ci.

200. Il en va ainsi, selon le Comité des droits de l'homme, des réserves au Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques concernant les garanties de son application :

«Ces garanties fournissent le cadre nécessaire pour que les droits énoncés dans le Pacte soient assurés et elles sont donc essentielles au respect de son objet et de son but. [...] Pour faciliter la réalisation de ses objectifs, le Pacte investit [...] le Comité d'une fonction de contrôle. Les réserves émises afin de se soustraire à cet aspect essentiel du Pacte, qui vise [...] à garantir l'exercice des droits, sont [...] incompatibles avec son objet et son but. Un Etat ne peut pas se réserver le droit de ne pas présenter de rapports et de ne pas voir ses rapports étudiés par le Comité. Le rôle du Comité au titre du Pacte, que ce soit

(542) Voy. *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, pp. 129-131 (voy. not. les objections très nettes en ce sens du Brésil, de la Chine (Taiwan), du Mexique ou des Pays-Bas). Voy. aussi l'Opinion individuelle commune de Mme le juge Higgins et MM les juges Kooijmans, Elaraby, Owada et Simma, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), §21.

(543) Ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J., *Rec. 2002*, p. 246, §72. Ceci a été confirmé par la Cour dans son arrêt sur les exceptions préliminaire dans la même affaire (Arrêt du 3 février 2006, pas 67).

(544) Voy. en ce sens R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 192-202. Des objections à des réserves portant sur des clauses de règlement des différends sont en effet rares. Mises à part celles faites aux réserves à l'article IX de la Convention sur le génocide, voy. cependant les objections formulées par plusieurs Etats à l'égard des réserves relatives à l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; voy. not. les objections de l'Allemagne, du Canada, de l'Égypte, des Etats-Unis (qui précisent que la réserve de la Syrie «est incompatible avec l'objet et le but de la Convention et sape le principe du règlement impartial des différends relatifs à la nullité, à l'extinction et à la suspension de l'application des traités, qui a fait l'objet de négociations approfondies à la Conférence de Vienne», p. 345; voy. aussi *infra*, §222, du Japon, de la Nouvelle-Zélande, des Pays-Bas («les dispositions concernant le règlement des différends telles qu'elles sont énoncées à l'article 66 de la Convention, constituent un élément important de la Convention et ne peuvent être dissociées des règles de fond auxquelles elles sont liées», p. 346), du Royaume-Uni («Ces dispositions sont liées inextricablement aux dispositions de la partie V auxquelles elles ont trait. Leur inclusion a été la base sur laquelle les éléments de la partie V qui constituent un développement progressif du droit international ont été acceptés par la Conférence de Vienne», p. 347) et de la Suède (même position de fond que le Royaume-Uni, p. 348). *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. II, pp. 344-348.

en vertu de l'article 40 ou en vertu des Protocoles facultatifs, suppose nécessairement l'interprétation des dispositions du Pacte et l'élaboration d'une jurisprudence. C'est pourquoi une réserve qui rejette la compétence qu'a le Comité d'interpréter les obligations prévues dans une disposition du Pacte serait aussi contraire à l'objet et au but de cet instrument» (545).

S'agissant du Protocole facultatif, le Comité a ajouté :

«Une réserve ne peut être émise au Pacte par le biais du Protocole facultatif; ce type de réserve aurait pour effet d'obtenir que le Comité ne contrôlerait pas, en vertu du premier Protocole facultatif, la façon dont l'Etat remplit l'obligation considérée. Et comme l'objet et le but du premier Protocole facultatif sont de permettre au Comité de vérifier que les dispositions ayant force obligatoire pour les Etats sont bien appliquées, une réserve tendant à l'en empêcher serait contraire à l'objet et au but du premier Protocole, si ce n'est au Pacte. Une réserve portant sur une obligation de fond émise pour la première fois au titre du premier Protocole facultatif semblerait refléter l'intention de l'Etat concerné d'empêcher le Comité de donner son avis sur un article donné du Pacte, dans le cadre d'un recours individuel» (546).

C'est en se fondant sur ce raisonnement que, dans l'affaire *Rawle Kennedy*, le Comité a estimé qu'une réserve de Trinité-et-Tobago excluant sa compétence pour examiner les communications relatives à un détenu condamné à mort n'était pas valide (547).

201. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position tout aussi radicale. Dans l'affaire *Loizidou*, elle a déduit d'une analyse de l'objet et du but de la Convention de Rome «que les Etats ne sauraient limiter leur acceptation des clauses facultatives pour soustraire en fait des secteurs de leur droit et de leur pratique relevant de leur 'juridiction' au contrôle des organes de la Convention» (548) et que toute restriction à sa compétence *ratione loci* ou *ratione materiae* était incompatible avec la nature de la Convention (549).

(545) Observation générale n° 24. préc. note 205, §11; voy. aussi F. HAMPSON, document de travail préc., note 234, §55.

(546) *Ibid.*, §13. Dans le paragraphe suivant, le Comité «considère que les réserves touchant les procédures requises au titre du premier Protocole facultatif ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but de cet instrument».

(547) Voy. note 285. Justifiant sa réserve, Trinité-et-Tobago avait fait valoir qu'il admettait «le principe selon lequel les Etats ne peuvent utiliser le Protocole facultatif pour formuler des réserves au Pacte international relatif aux droits civils et politiques lui-même, mais il souligne que sa réserve au Protocole facultatif n'affecte en aucune manière les obligations qu'il a contractées et les engagements qu'il a pris en vertu dudit Pacte...» (*Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, p. 225). Cette réserve avait appelé des objections de la part de sept Etats avant que Trinité-et-Tobago ne dénonce purement et simplement le Protocole.

(548) Arrêt préc. note 227, p. 27, §77.

(549) *Ibid.*, §§70 à 89; voy. not. le §79. Voy. aussi la décision de la Grande Chambre du 4 juillet 2001, sur la recevabilité de la requête n° 48787/99 dans l'affaire *Ilie Hacu et as. c. Moldova et Fédération de Russie*, p. 20.

(ii) *Les réserves aux traités généraux de droits de l'homme*

202. C'est également en matière de droits de l'homme que les discussions sont les plus vives en particulier en ce qui concerne les réserves faites aux traités généraux comme les Conventions européenne, interaméricaine et africaine, les Pactes des droits économiques, sociaux et culturels ou des droits civils et politiques. S'agissant de ce dernier, le Comité des Droits de l'homme a déclaré dans sa célèbre (et discutable) Observation générale n° 24 que :

«Dans un instrument énonçant un très grand nombre de droits civils et politiques, chacun des nombreux articles, et en fait leur conjugaison, tend à assurer la réalisation des objectifs visés par le Pacte. L'objet et le but du Pacte sont de créer des normes relatives aux droits de l'homme juridiquement contraignantes en définissant certains droits civils et politiques et en les plaçant dans un cadre d'obligations juridiquement contraignantes pour les Etats qui le ratifient, ainsi que de fournir un mécanisme permettant de surveiller efficacement les obligations souscrites» (550).

Prise à la lettre, cette position conduirait à tenir pour non valide toute réserve globale portant sur l'un quelconque des droits protégés par le Pacte (551). Telle n'est pourtant pas la position des Etats parties qui n'ont pas formulé systématiquement d'objections à l'encontre de réserves de ce type (552) et le Comité lui-même ne va pas aussi loin puisque, dans les paragraphes qui suivent cette prise de position de principe (553) il expose, de façon plus précise, les critères qui le conduisent à s'assurer de la compatibilité des réserves à l'objet et au but du Pacte : il n'en résulte pas que, par nature, une réserve générale portant sur l'un des droits protégés ne serait pas valide en tant que telle (554).

203. De même, s'agissant de la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant, de très nombreuses réserves ont été formulées aux dispositions concernant l'adoption (555). Comme l'a noté un auteur

(550) Observation générale préc. note 205, §7. Comp.: F. HAMPSON, document de travail préc., note 234 §50.

(551) Dans ce sens, voy. la position de certains auteurs, mentionnée *supra*, §§81 et 87.

(552) Voy. par exemple la réserve de Malte à l'article 13 (sur les conditions d'expulsion des étrangers), qui n'a fait l'objet d'aucune objection (voy. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, p. 180).

(553) §§8 à 10 de l'Observation générale n° 24. préc. note 205, ces critères concernent, outre celui de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du Pacte, la nature coutumière, impérative ou inderogable de la norme concernée, voy. *infra*, §§212-237.

(554) Voy. cependant *infra*, note 557.

(555) Articles 20 et 21; voy. *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* préc. note 285, vol. I pp. 303-312.

peu suspect d'«anti-droits de l'homme» : «It would be difficult to conclude that this issue is so fundamental to the Convention as to render such reservations contrary to its object and purpose» (556).

(iii) *Les réserves relatives à l'application du droit interne*

204. Une autre question se pose fréquemment – et pas seulement dans le domaine des droits de l'homme : un Etat peut-il formuler une réserve afin de préserver l'application de son droit interne (557)? Ici encore une réponse nuancée s'impose et il n'est certainement pas possible de répondre catégoriquement par la négative comme le laissent entendre certaines objections à des réserves de ce type. Ainsi, plusieurs Etats ont objecté à la réserve formulée par le Canada à la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière du 25 février 1991 car celle-ci «fait dépendre le respect de la Convention de certaines dispositions du droit interne du Canada» (558). De même, la Finlande a opposé aux réserves formulées par plusieurs Etats à la Convention sur les droits de l'enfant de 1989, le «principe général d'interprétation des traités en vertu duquel une partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour justifier son refus d'appliquer ce traité» (559).

205. Ce fondement ne convainc guère. Sans doute, conformément à l'article 27 de la Convention de Vienne (560), une Partie ne peut-

(556) W.A. SCHABAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *op. cit. supra* note 11, p. 480.

(557) Dans ses *Observations finales* sur le premier rapport des Etats-Unis du 6 avril 1995, le Comité a noté «avec regret l'étendue des réserves et des déclarations, entre autres des déclarations d'interprétation, faites par l'Etat partie à l'égard du Pacte. Il semble ressortir de tous ces énoncés que l'Etat partie a voulu masquer qu'il n'accepte que ce qui est déjà inscrit dans sa législation interne. Le Comité relève en particulier les réserves au paragraphe 5 de l'article 6 et à l'article 7 du Pacte, qui lui paraissent incompatibles avec les fins de cet instrument» (CCPR/C/79/Add.50, §279). Voy. l'analyse de W.A. SCHABAS, «Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights...», *op. cit. supra* note 218, pp. 277-328 ou J. McBRIDE, *op. cit. supra* note 210, p. 172.

(558) Voir les objections de l'Espagne, de la France, de la Norvège, de l'Irlande, du Luxembourg et de la Suède. *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. II, pp. 457-458.

(559) Objections aux réserves de l'Indonésie, de la Malaisie, de Qatar, de Singapour et d'Oman; voy. *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, pp. 313-314. Voy. aussi, par exemples, les objections du Danemark, de la Finlande, de la Grèce, de l'Irlande, du Mexique, de la Norvège et de la Suède à la seconde réserve des Etats Unis à la Convention sur le génocide (*Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, pp. 129-132 – pour le texte de cette réserve, voy. *infra*, §209). Voy. aussi *infra*, §208.

(560) Expressément invoqué, par ex., par l'Estonie et les Pays Bas à l'appui de leurs objections à cette même réserve des Etats-Unis (*ibid.*, pp. 130 et 131).

elle «invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant de [sic] la non-exécution d'un traité». Mais cela suppose le problème résolu, c'est-à-dire que les dispositions en cause soient applicables à l'Etat réservataire; or c'est toute la question. Comme on l'a fait remarquer à juste titre, bien souvent un Etat formule une réserve *parce que* le traité lui impose des obligations incompatibles avec son droit interne, qu'il n'est pas en mesure de modifier (561), au moins dans un premier temps (562). Du reste, l'article 57 de la Convention européenne des droits de l'homme, non seulement autorise un Etat partie à formuler une réserve en cas de contrariété de son droit interne à une disposition de la Convention mais limite même cette faculté au seul cas «où une loi [...] en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition» (563). En revanche, cette même disposition exclut expressément «les réserves de caractère général».

(iv) *Les réserves vagues et générales*

206. L'article 19.c) de la Convention de Vienne n'envisage pas expressément cette hypothèse. On doit cependant considérer qu'une réserve générale n'est pas compatible avec l'objet et le but de la Convention. Il résulte de la définition même des réserves que celles-ci ont pour objet d'exclure ou de modifier «l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application» à leurs

(561) Cf. W.A. SCHABAS, «Reservations to the Convention on the Rights of the Child», *op. cit. supra* note 11, pp. 479-480 et *op. cit. supra* note 179, p. 59.

(562) Il arrive que l'Etat réservataire indique le délai qui lui sera nécessaire pour mettre son droit interne en accord avec le traité (cf. la réserve de l'Estonie à l'application de l'article 6 ou celle de la Lituanie à l'article 5, §3, de la Convention européenne des droits de l'homme qui ont été limitées à un an (<http://conventions.coe.int/>) ou son intention de le faire (cf. les réserves de Chypre et du Malawi lors de leur adhésion à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, ce qu'ils ont effectivement fait (cf. *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, p. 267, note 25, et p. 269, note 39); voy. aussi la déclaration de l'Indonésie lors de son adhésion à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination du 22 mars 1989, *ibid.*, vol. II, p. 448). Il est également assez fréquent qu'un Etat renonce à une réserve formulée sans indication de durée après avoir modifié les dispositions de son droit national qui avaient suscité la réserve (cf. le retrait par la France, l'Irlande et le Royaume-Uni de plusieurs réserves à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, p. 267, notes 27 et 30 et pp. 271-272, note 53; voy. aussi les retraits partiels successifs (1996, 1998, 1999, 2001) par la Finlande de sa réserve à l'article 6, §1, de la Convention européenne des droits de l'homme (<http://conventions.coe.int/>). De telles pratiques sont louables et doivent sûrement être encouragées (cf. la directive 2.5. du Guide de la pratique et son commentaire, Rapport de la C.D.I., 55^{ème} session (A/58/10), pp. 181-184); on ne peut en déduire l'invalidité de principe des «réserves de droit interne».

(563) Voy. *supra*, §165.

auteurs (564). On ne saurait dès lors admettre qu'elles peuvent avoir pour effet d'empêcher le traité dans son ensemble de produire ses effets. Et, si les «réserves transversales» sont de pratique courante, elles ne sont valides, comme le précise le projet de directive 1.1.1 du Guide de la pratique de la C.D.I. (565), que si elles visent «à exclure ou à modifier l'effet juridique [...] du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers...». Au surplus, il résulte du caractère consensuel par essence du droit des traités en général, et du droit des réserves en particulier (566), que, si les Etats sont libres de formuler (pas de faire (567)) des réserves, les autres Parties doivent être à même de réagir en acceptant la réserve ou en y objectant. Tel n'est pas le cas si le texte de celle-ci ne permet pas d'en apprécier la portée.

207. Dès lors, ce n'est pas, en elle-même, la référence au droit interne de l'Etat réservataire qui pose problème – il existe du reste des réserves en ce sens qui ne se heurtent à aucune objection et n'en ont appelé aucune (568) – mais le caractère souvent vague et général des réserves qui s'y réfèrent et qui excluent toute possibilité pour les autres Etats parties de prendre position à leur égard. Tel était l'esprit

(564) Voy. les observations du gouvernement israélien sur le premier projet de la C.D.I. sur le droit des traités, qui conduisirent à aligner le texte anglais de la définition des réserves sur le texte français par le rajout du mot «certains» en lieu et place de «some» (in Sir Humphrey WALDOCK, Quatrième rapport, A/CN.4/177, précité note 143, p. 14); voy. aussi la déclaration du Chili lors de la Conférence de Vienne, Doc.off., C.R.A., préc. note 162, 4^{ème} séance plénière, §5, p. 24 : «les mots «à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité» (al. d) signifient que la réserve doit indiquer clairement les dispositions sur lesquelles elle porte. Il faut éviter les réserves imprécises».

(565) Voy. *supra*, la note 430. Voy. aussi les remarques de R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, p. 172.

(566) Voy. *supra*, §77.

(567) Voy. *supra*, §149.

(568) Voy. par ex. la réserve du Mozambique à la Convention internationale contre la prise d'otage du 17 décembre 1979, *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. II, p. 114 (on retrouve la réserve concernant l'extradition des nationaux mozambicains à propos d'autres traités, comme, par exemple, la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, *ibid.*, p. 159), les réserves de Guatemala et des Philippines à la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages du 1962, *ibid.*, p. 95 ou celles de la Colombie (faite lors de la signature), de l'Iran et des Pays-Bas (pourtant très vague) à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, *ibid.*, vol. I, pp. 439-442). La réserve française à l'article 15, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme a été plus discutée : voy. N. QUESTIAUX, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958», *R.D.H.*, 1970, pp. 651-663, A. PELLET, «La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme», *R.D.P.*, 1974, pp. 1358-1365 ou V. COUSSIRAT-COUSTERE, «La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme», *J.D.I.*, 1975, pp. 269-293.

d'un amendement présenté par le Pérou à la Conférence de Vienne visant à ajouter un alinéa d) ainsi rédigé au futur article 19 :

«d) Que la réserve ne rende le traité inopérant en subordonnant son application, d'une manière générale et indéterminée, à la législation nationale» (569).

208. Les objections finlandaises à l'encontre des réserves de plusieurs Etats à la Convention relative aux droits de l'enfant sont certainement plus solidement motivées sur ce terrain que par une référence à l'article 27 de la Convention de 1969 (570); ainsi, en réponse à la réserve de la Malaisie qui n'avait accepté plusieurs dispositions de la Convention de New York de 1989 «que si elles sont conformes à la Constitution, au droit interne et aux politiques nationales du Gouvernement malaisien» (571), la Finlande a estimé que le «caractère extensif» de cette réserve ne permettait pas «de savoir dans quelle mesure la Malaisie entend appliquer la Convention et s'acquitter des obligations que celle-ci lui imposent» (572). La déclaration de la Thaïlande précisant que celle-ci «n'interprète ni n'applique les dispositions de la Convention [de 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale] comme lui imposant des obligations qui outrepasseraient les limites fixées par [sa] Constitution et [sa] législation» (573) a également fait l'objet d'une objection de la part de la Suède précisant que, de ce fait, «l'application de la Convention est subordonnée à une réserve générale qui renvoie aux limites de la législation nationale dont le contenu n'est pas spécifié» (574).

(569) Rapports de la Commission plénière (A/CONF.39/14), Doc. off. conf., préc. note 162, p. 146, §177; voy. les explications du représentant du Pérou à la 21^{ème} séance plénière, 10 avril 1968, Doc.off., C.R.A., préc. note 162, p. 119, §25. L'amendement fut rejeté par 44 voix contre 16, avec 26 abstentions (*ibid.*, 25^{ème} séance plénière, 16 avril 1968, p. 146, §26); la lecture des débats donnent peu d'explications sur ce rejet; sans doute nombre de délégations ont-elles estimé, comme l'Italie, qu'il était inutile de formuler expressément l'hypothèse qu'il [visait], car il s'agit là d'un cas de réserves incompatibles avec l'objet du traité» (*ibid.*, 22^{ème} séance plénière, 10 avril 1968, p. 131, §75); en ce sens, R. SZAFARZ, *op. cit. supra* note 3, p. 302.

(570) Voy. *supra*, §204. De même, le motif invoqué par les Pays-Bas ou le Royaume-Uni à l'appui de leurs objections à la seconde réserve des Etats-Unis à la Convention sur le génocide, et fondé sur «l'incertitude [qu'elle crée] quant à l'ampleur des obligations que le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique est prêt à assumer en ce qui concerne la Convention» (*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, p. 131) est plus convaincant que celui reposant sur l'invocation du droit interne (voy. *supra*, notes 559 et 560).

(571) *Ibid.*, p. 307.

(572) *Ibid.*, p. 313; voy. aussi les objections de la Finlande et de plusieurs autres Etats parties aux réserves comparables de plusieurs autres Etats, *ibid.* pp. 314-316.

(573) *Ibid.*, p. 143.

(574) Non encore public, voy. <http://untreaty.un.org/> Dans le même esprit, voy. les objections norvégienne et suédoise du 15 mars 1999 à l'égard de la réserve du Bangladesh à la Convention sur les droits politiques de la femme du 31 mars 1953, *Traité multilatéraux déposés*

209. Elle est aussi l'objection que suscite ce qu'il est convenu d'appeler la « réserve Char'ia » (575) dont un exemple topique est fourni par la réserve par laquelle la Mauritanie accepte la Convention de New York de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes « en toutes et chacune de ses parties non contraires à la Char'ia islamique » (576). Ici encore, ce qui fait problème, ce n'est pas l'invocation, en tant que telle, d'une loi d'origine religieuse appliquée par cet Etat (577), mais, comme le Danemark l'a constaté, « ces réserves générales qui renvoient aux dispositions de la char'ia islamique [...] ont une portée illimitée et un caractère indéfini » (578) : dès lors, selon les termes du Royaume-Uni, une telle réserve « consistant en un renvoi général au droit interne dont elle ne précise pas la teneur n'indique pas clairement aux autres Etats parties à la Convention la mesure dans laquelle l'Etat

après du Secrétaire général, préc. note 285, vol. II, p. 88 ou celles de la Finlande à une réserve du Guatemala à la Convention de Vienne de 1969 et des Pays-Bas, de la Suède et de l'Autriche à une réserve comparable du Pérou à la même Convention, ibid., pp. 345-351.

(575) Pour des discussions doctrinales, voy. not. : A. SASSI, « General Reservations to Multilateral Treaties in T. TERVES (ed.), *op. cit.*, supra note 347, pp. 96-99, et plus particulièrement sur son application à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, voy. B. CLARK, *op. cit.*, supra note 11, pp. 299-302 et pp. 310-311, J. CONROY, « The Women's Convention in the Muslim World », in J. P. GARWOOD (ed.), *op. cit.*, supra note 203, pp. 85-103, R. COOK, *op. cit.*, supra note 224, pp. 690-692, J. MCBRIDE, *op. cit.*, supra note 210, pp. 149-156 (avec de très nombreux exemples) ou Y. T'YAGI, « The Conflict of Law and Policy on Reservations to Human Rights Treaties », *B. Y. B. J. L.*, 2000, pp. 198-201 et, plus spécifiquement, A. JENSEN, « Permissibility of Egypt's Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women », *Marginalia J. of I. L. and Trade*, 1991, pp. 199-233.

(576) *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général, préc. note 285, vol. I, p. 243.* Voy. aussi les réserves de l'Arabie saoudite (qui mentionne « les normes de la loi musulmane » - *ibid.*, p. 238) et de la Malaisie (*ibid.*, p. 242) ou la réserve initiale des Maldives : « Le gouvernement de la République des Maldives respectera les dispositions de la Convention, à l'exception de celles qu'il pourrait juger contraires aux principes de la Char'ia islamique sur laquelle reposent toutes les lois et traditions des Maldives » (*ibid.*, p. 269, note 40) ; cette réserve ayant fait l'objet de plusieurs objections, le gouvernement maldivien l'a modifiée dans un sens plus restrictif mais plusieurs Etats ont formulé des objections à la réserve de l'Arabie saoudite à la Convention de 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale soumettant à l'application des dispositions de cette convention à la condition « qu'elles ne soient pas contraires à la char'ia » (*Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général, préc. note 285, vol. I, pp. 137 et 144, 149*).

(577) Le Saint-Siège a ratifié la Convention de 1989 sur les droits de l'enfant sous réserve que l'application de la Convention soit compatible avec la nature particulière de l'Etat de la Cité du Vatican et des sources de son droit objectif... « *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général, préc. note 285, vol. I, p. 310* » (comme on l'a fait remarquer (W. A. SCHABAS, « Reservations to the Convention on the Rights of the Child » *op. cit.*, supra note 11, pp. 478-479), ce libellé pose, mutatis mutandis, les mêmes problèmes que la « réserve Char'ia » (578) *ibid.*, p. 250.

réservataire a accepté les obligations énoncées dans cette dernière » (579).

210. Il en va de même lorsqu'un Etat se réserve, d'une manière générale, de faire prévaloir sa constitution sur le traité (580) ; tel est le cas, par exemple, de la réserve des Etats-Unis à la Convention sur le génocide :

« Aucune disposition de la Convention n'exige ou ne justifie l'adoption par les Etats-Unis de mesures législatives ou autres interdites par la Constitution des Etats-Unis, telle qu'elle est interprétée par les Etats-Unis » (581).

211. C'est, au fond, davantage l'impossibilité d'apprécier la compatibilité de telles réserves à l'objet et au but du traité que la certitude de leur incompatibilité, qui les fait tomber sous le coup de l'alinéa c) de l'article 19. Comme l'a indiqué le Comité des Droits de l'homme :

« Les réserves doivent être spécifiques et transparentes, de façon que le Comité, les personnes qui vivent sur le territoire de l'Etat autour de la réserve et les autres Etats parties sachent bien quelles sont les obligations en matière de droits de l'homme que l'Etat intéressé s'est ou non engagé à remplir. Les réserves ne sauraient donc être de caractère général, mais doivent viser une disposition particulière du Pacte et indiquer précisément son champ d'application » (582).

Pour sa part, dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré non valide la déclaration (équivalant à une réserve) de la Suisse à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de Rome car elle était « rédigée en des termes trop vagues ou amples pour que l'on puisse en apprécier le sens et le champ d'application exacts » (583). Mais c'est sans doute la Commission européenne des droits de l'homme qui

(579) *Ibid.*, p. 262 ; voy. aussi les objections de l'Allemagne, de l'Autriche de la Finlande, de la Norvège, des Pays-Bas, le Portugal ou la Suède (*ibid.*, pp. 247-264). Les réserves de nombreux Etats islamiques à des dispositions particulières de la Convention, justifiées par l'incompatibilité de celles-ci avec la Char'ia, sont certainement moins critiques sur ce terrain, alors même que nombre d'entre elles ont également suscité des objections de la part de certains Parties (voy. par ex. B. CLARK, *op. cit.*, supra note 11, p. 300, qui fait remarquer que la réserve de l'Iraq à l'article 16 de la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, fondée sur la Char'ia, est spécifique et entraîne un régime plus favorable que celui de la Convention, cette réserve a cependant entraîné des objections du Mexique, des Pays-Bas et de la Suède. *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général, préc. note 285, vol. I, pp. 256, 258 et 263*).

(580) Cf. la réserve du Pakistan à la même Convention sur la non-discrimination à l'égard des femmes (*ibid.*, p. 244) et les objections de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Finlande, de la Norvège, des Pays-Bas (*ibid.*, pp. 247-259) et du Portugal (*ibid.*, pp. 270-271, note 48).

(581) *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général, préc. note 285, vol. I, p. 127* (582) Observation générale n° 24, préc. note 205, § 19, voy. aussi le § 12, qui lit la question de l'invocation du droit interne et celle des réserves formulées en termes généraux.

(583) Arrêt du 29 avril 1988, *Belilos*, préc. note 267, p. 25, § 55 - voy. supra, § 160, pour une analyse approfondie de la condition de généralité posée à l'article 57 (ex 64) de la Convention, voy. surtout, J. CAMEROX et F. HORN, *op. cit.*, supra note 206, pp. 97-109 ou R. St. J. MacD., XALD, *op. cit.*, supra note 267, pp. 433-438 et 443-448.

à donné les indications les plus claires en estimant qu'«une réserve est de caractère général soit lorsqu'elle ne se rapporte pas à une disposition spécifique de la Convention, soit lorsqu'elle est libellée d'une manière telle qu'elle ne permet pas d'en définir la portée» (584).

(v) *Les réserves portant sur des dispositions énonçant des normes coutumières*

212. Il est arrivé que des Etats parties à un traité fassent objection à des réserves et contestent leur compatibilité avec son objet et son but au prétexte que celles-ci étaient contraires à des règles coutumières bien établies. Ainsi, l'Autriche s'est déclarée

«d'avis que les réserves guatémaltèques [à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités] portent presque exclusivement sur des règles générales de [ladite Convention] dont beaucoup ont un fondement solide en droit international coutumier. Les réserves pourraient remettre en question des normes bien établies et universellement acceptées. L'Autriche estime que l'on peut avoir des doutes sur la compatibilité de ces réserves avec le but et l'objet de la Convention...» (585).

De même, les Pays-Bas ont fait objection aux réserves formulées par plusieurs Etats au sujet de diverses dispositions de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et se sont déclarés «d'avis que les dispositions correspondantes restent en vigueur dans les relations entre [eux-mêmes] et lesdits Etats en vertu du droit international coutumier» (586).

213. On a souvent cru pouvoir déduire une telle impossibilité de formuler des réserves aux dispositions conventionnelles codifiant des normes coutumières du *dictum* de la C.I.J. dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (587) :

(584) Rapport de la Commission, 5 mai 1982, *Temelashch*, préc. note 262, §588. Voy. P.-H. IMBERT, «Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg...», *op. cit. supra* note 262, pp. 589-607.

(585) *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. II, p. 344; voy. aussi les objections formulées dans des termes voisins par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark, la Finlande, le Royaume-Uni et la Suède, *ibid.* pp. 345-351. Dans l'affaire de la *Mer d'Irlande*, le Royaume-Uni a soutenu que la réserve française à l'article 6 de la Convention sur le plateau continental portait sur les règles du droit international coutumier et était inadmissible comme réserve à l'article 6, sentence préc. note 198, p. 167, §50.

(586) *Ibid.*, vol. I, p. 96; en réalité, ce ne sont pas les dispositions en question qui demeurent en vigueur mais les règles coutumières qu'elles expriment (voy. *infra* §216). Voy. aussi ou les objections de la Pologne aux réserves de Bahrein et de la Libye (*ibid.*, p. 97) et D.W. GRANT, *op. cit. supra* note 256, p. 88.

(587) Voy. l'opinion dissidente jointe à l'arrêt de 1969 du Juge MORELLI (*Rec. 1969*, pp. 197-198) et les nombreux commentaires cités par P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 244, note 20, voy. aussi G. TEBOUTI, *op. cit. supra* note 179, p. 685.

* 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» (588).

Bien que la rédaction retenue par la Cour ne soit sans doute pas des plus heureuses, la conclusion que l'on a cru pouvoir en tirer n'apparaît pas exacte si l'on replace ce passage dans son contexte.

214. En effet, la Cour poursuit en se montrant prudente quant aux déductions qu'elle appelle l'exclusion de certaines réserves. Constatant que la faculté de formuler des réserves à l'article 6 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental (sur la délimitation) n'était pas exclue par l'article 12 relatif aux réserves (589), comme elle l'était pour les articles 1 à 3, il lui a semblé «normal» et

*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» (590).

Il n'est donc «pas vrai que la Cour affirme l'inadmissibilité des réserves à l'égard des règles de droit coutumier» (591); 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.

(588) Arrêt du 30 février 1969, *Rec. 1969*, pp. 38-39, §63.

(589) *Rec. 1969*, p. 40, §66; voy. aussi, p. 39, §63, dans le même sens, voy. l'opinion individuelle du Juge PABILLA NERVO, *ibid.*, p. 89; contra: opinion dissidente du Juge KORZESKY, p. 163.

(591) P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 244, dans le même sens. A. PELLET, «La C.I.J. et les réserves aux traités...», *op. cit. supra* note 48, pp. 507-508. 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 (*Rec. 1969*, p. 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 *ius cogens*...» *ibid.*).

215. Du reste, l'arrêt lui-même indique, dans un *dictum* généralement négligé, « qu'un Etat ayant formulé une réserve ne serait pas déchargé pour autant des obligations imposées par le droit maritime général en dehors et indépendamment de la Convention sur le plateau continental... » (592). 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 [...]. Il va sans dire que la réserve n'a rien à faire avec la règle coutumière en tant que telle. Si cette règle existe, elle existe aussi pour l'Etat qui a formulé la réserve, de la même façon qu'elle existe pour les Etats qui n'ont pas ratifié » (593). Ceci implique clairement que le caractère coutumier de la norme reprise dans une disposition conventionnelle à l'égard de laquelle une réserve est formulée ne constitue par lui-même un motif d'invalidité de la réserve « la faculté d'apporter des réserves à une disposition conventionnelle ne dépend pas de la question de savoir si ladite disposition peut être considérée ou non comme l'expression d'une règle de droit généralement reconnue » (594).

216. Bien que parfois contesté (595), ce principe est du reste reconnu par la doctrine majoritaire (596). A juste titre :

— les normes coutumières obligent les Etats indépendamment de l'expression de leur consentement à la norme conventionnelle (597) mais, à la différence de ce qui se produit dans le cas des normes impératives, les Etats peuvent y déroger par accord *inter se*; on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient le faire par une réserve (598) — si celle-ci est valide, mais c'est précisément la question posée :

(592) *Rec. 1969*, p. 40, §63.

(593) *Ibid.*, p. 198.

(594) Opinion dissidente du Juge *ad hoc* SOERENSEN, *ibid.*, p. 248.

(595) Voy la position de Batoccs dans la déclaration qu'il a jointe à la sentence arbitrale du 30 juin 1977 dans l'affaire de la *Mer d'Irroise* préc. note 198, p. 262.

(596) Voy not. M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, pp. 31-32; G. GALA, « La réserve al *Patto* sui *diritti civili e politici e il diritto consuetudinario* », *R. D. I.*, 1966, pp. 451-452; P.-H. LEBERT, « La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977... », *op. cit. supra* note 419, p. 48; R. РИГЕЛЬДОРФ, *op. cit. supra* note 199, pp. 159-171 ou L. СИГАНАКОВА ВЕНАЖАН, *op. cit. supra* note 200, pp. 76-77.

(597) Cf. l'objection de la Finlande aux réserves du Yémen à l'article 5 de la Convention de 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. « Ce n'est pas en formulant des réserves qu'un Etat peut, en matière de droits de l'homme (mais ceci est vrai en règle générale), se soustraire à des normes universellement obligatoires » (objection préc. note 536, p. 147).

(598) En ce sens, voy l'opinion dissidente préc. note 592 du Juge *ad hoc* SOERENSEN dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (C.I.J., *Rec. 1969*, p. 248, voy aussi M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, p. 32. Voy également *infra*, §225.

— une réserve ne concerne que la « conventionnalité » de la norme, pas son existence en tant que règle coutumière même si, dans certains cas, elle peut jeter un doute sur son acceptation générale « comme étant le droit » (599); comme l'a fait remarquer le Royaume-Uni dans son commentaire sur l'Observation générale n° 24, « il faut faire une distinction nette entre décider de ne pas assumer d'obligations conventionnelles et essayer de déroger au droit international coutumier » (600);

— si ce caractère est avéré, les Etats demeurent liés par la règle coutumière indépendamment du traité (601); et

— malgré les apparences, ils peuvent y avoir un intérêt (pas forcément louable...) — par exemple pour éviter l'application aux obligations en question des mécanismes de contrôle ou de règlement des différends prévus par le traité ou pour limiter l'intervention des juges internes qui peuvent avoir des compétences différentes à l'égard des règles conventionnelles d'une part et coutumières d'autre part (602);

— au surplus, comme l'a relevé la France dans son commentaire de l'Observation générale n° 24 du Comité des Droits de l'homme, « le devoir pour un Etat de se conformer à un principe coutumier général et l'acceptation de se lier par son expression conventionnelle, surtout avec les développements et précisions que comporte la formalisation par traité ne sauraient être confondus » (603);

— enfin, une réserve peut être le moyen pour un « objeteur persistant » de manifester... la persistance de son objection : celui-ci peut certainement refuser l'application, par le biais d'un traité,

(599) En ce sens R. R. BAXTER, « Treaties and Customs », *R. C. A. D. I.*, 1970-1, tome 129, p. 50; M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, p. 31; G. GALA, « La réserve al *Patto* sui *diritti civili e politici e il diritto consuetudinario* », *op. cit. supra* note 594, p. 451 ou G. TROTTI, *op. cit. supra* note 179, pp. 711-714. Il peut en aller de même dans certaines circonstances (mais pas toujours) de l'existence d'une clause de réserve (cf. P.-H. LEBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 246 ou P. REYDAN, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », *op. cit. supra* note 376, p. 631 (ou pp. 370-371), note 16).

(600) Commentaire préc. note 222, §7, p. 154.

(601) Voy *infra*, §§222 et 223.

(602) Ici est le cas en France où les traités (en vertu de l'article 55 de la Constitution), mais pas les normes coutumières, prévalent sur les lois (comp. C. E., Ass., 20 octobre 1989, *Accole*, *Lob* p. 748, concl. REYDAN et 6 juin 1997, *Agnarone*, *Lob*, p. 206, concl. BACHILLIER).

(603) Commentaire préc. note 222, §21 dans le même sens, voy le commentaire des Etats Unis, *cit. ibid.*, p. 130. Voy aussi G. COHEN-JOHNSTON, « Les réserves dans les traités de droits de l'homme », *R. G. D. I. P.*, 1966, pp. 932-933.

d'une règle qui ne lui est pas opposable en vertu du droit international général (604).

217. Ici encore cependant, la question se pose de savoir si cette solution est transposable en matière de droits de l'homme (605). Le Comité des Droits de l'homme l'a contesté en se fondant sur les caractères particuliers des traités de droits de l'homme :

* Les traités qui constituent un simple échange d'obligations entre États autorisent certes ceux-ci à formuler entre eux des réserves à l'application de règles du droit international général, mais il en est autrement dans le cas des instruments relatifs aux droits de l'homme qui visent à protéger les personnes relevant de la juridiction des États » (606).

218. Il est à noter en premier lieu que le Comité confirme que des réserves à des normes coutumières ne sont pas *a priori* exclues. Pour établir le contraire, il se borne à relever que ces instruments visent à protéger les droits des personnes. Mais, comme cela est établi ci-dessus (607), ce postulat n'a pas les conséquences que le Comité lui prête – étant entendu que, d'une part, une réserve à une disposition d'un traité de droits de l'homme reflétant une norme coutumière ne libère nullement l'État réservataire de son obligation de la respecter à ce titre (608), et, d'autre part, que concrètement, il y a de fortes chances qu'une réserve à une telle norme (à plus forte raison si celle-ci est impérative) soit contraire à l'objet et au

but du traité en vertu des règles générales applicables (609) – mais c'est un autre problème.

219. S'agissant, plus généralement, des conventions de codification, on peut se demander s'il n'est pas contraire à leur objet et à leur but mêmes d'y apporter des réserves. Il n'est pas douteux que « le désir de codifier s'accompagne normalement du souci de préserver la règle qui est affirmée » (610) : « En effet, si l'on peut, à l'occasion d'un traité de codification formuler une réserve portant sur une disposition d'origine coutumière, le traité de codification aura [...] manqué son but... » (611), au point que l'on a pu voir dans les réserves et, en tout cas dans leur accumulation, « la négation même du travail de codification » (612).

220. Il n'en résulte pas que, par essence, toute réserve à un traité de codification soit contraire à son objet et à son but.

Il est certain que les réserves ne sont guère compatibles avec l'objectif d'uniformisation et de clarification du droit coutumier recherché mais « à y bien réfléchir, l'équilibre d'ensemble auquel la réserve porte atteinte, constitue non l'objet et le but du traité lui-même, mais l'objet et le but de la négociation dont ce traité émane » (613).

— La notion même de « convention de codification » est incertaine. Comme l'a souvent souligné la C.D.I., il est impossible de distinguer la codification *stricto sensu* du droit international de son

(604) Voy. F. HAMPTON, document de travail préc., note 234, note 45 (605) Voy. A. PELLET, Deuxième rapport, préc. sur les réserves aux traités, A/CN.4/477/Add.1, §§143-147

(606) Observation générale n° 24, préc. note 205, § 8.

(607) Par 88. Contra : Th. GINGOERICH, *op. cit. supra* note 208, p. 744.

(608) Voy. *supra*, § 216. Selon le Comité des droits de l'homme : « ... un Etat ne peut se réserver le droit de pratiquer l'esclavage ou la torture, de soumettre des personnes à des traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants, de les priver arbitrairement de la vie, de les arrêter et de les détenir arbitrairement, de dénier le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, et de punir une personne coupable tant que son innocence n'a pas été établie, d'exécuter des femmes enceintes ou des enfants, d'autoriser l'incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse, de dénier à des personnes nables le droit de se marier, ou de dénier aux minorités le droit d'avoir leur propre vie culturelle, de professer leur propre religion ou d'employer leur propre langue » (Observation générale n° 24, préc. note 205, § 8) ; ceci est certainement exact, mais il n'en résulte pas automatiquement que des réserves aux dispositions correspondantes du Pacte soient interdites. Dans le même sens voy. G. GAJA, « Le réserve al Patto sui diritti civili e politici e il diritto consuetudinario », *op. cit. supra* note 396, p. 452. En outre, le Comité procède par simples affirmations et ne justifie pas la qualification de règles coutumières attachées à ces normes, comme on l'a écrit à un autre propos « [the] ought merges with the is, the *lex ferenda* with the *lex lata* » (T. MEHON, « The Geneva Conventions as Customary Norms », *A.J.I.L.*, 1987, p. 55, voy. aussi la critique très argumentée de W.A. SCHABAS au sujet des articles 6 et 7 du Pacte, « Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights... », *op. cit. supra* note 218, pp. 296-310).

(609) En ce sens, voy. F. HAMPTON, *Réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme*, Document de travail, E/CN.4/STDP.2/1999/28, § 17 et Document de travail final, E/CN.4/STDP.2/2004/42, préc. note 234, § 31. En théorie, un Etat peut formuler une réserve à une disposition conventionnelle sans nécessairement remettre en cause la valeur coutumière de la norme ni sa volonté d'être lié par celle-ci. Il reste que, dans la pratique, des réserves à des dispositions correspondant à des normes du droit international coutumier risquent d'être perçues avec beaucoup de suspicion.

(610) P. H. INTERET, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 248. Voy. aussi G. TEBOUTE, *op. cit. supra* note 179, p. 680 « Toutes deux unites, les notions de réserve et de convention de codification s'accroissent mal l'une de l'autre », cette étude fait clairement le point sur l'ensemble de la question des réserves aux conventions de codification (pp. 679-717 *passim*).

(611) P. RUTTEN, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », *op. cit. supra* note 378, pp. 630-631 (où p. 370). L'auteur argue que, de ce fait, le traité aura en outre « engendré une situation plus élevée de son objet et de son but que s'il n'avait pas existé, puisqu'une règle générale voit son champ d'application se restreindre (ibid.) ; cette seconde affirmation est plus contestable, elle semble postuler que l'Etat réservataire se trouve, du fait de sa réserve, affranchi de l'application de la règle, tel n'est pas le cas (voy. *infra*, note 620).

(612) R. VOGLIN, *A.C.F.D.*, 1965, vol. I, 79^{ème} séance, 8 juin 1965, p. 165, § 38.

(613) G. TEBOUTE, *op. cit. supra* note 179, p. 700.

développement progressif (614). « Quel *quantum* de règles d'origine coutumière un traité doit-il contenir pour être qualifié de 'traité de codification' ? » (615).

— Le statut des normes incluses dans un traité n'est pas immuable dans le temps : une norme relevant du développement progressif peut se muer en une pure codification et, souvent, une « convention de codification » cristallise en une règle de droit international général une norme qui n'avait pas ce caractère au moment de son adoption (616).

221. Dès lors, la nature des conventions de codification ne constitue pas, en tant que telle, un obstacle à la formulation de réserves à certaines de leurs dispositions au même titre (et avec les mêmes limites) qu'à n'importe quel autre traité et les arguments que l'on peut faire valoir, d'une manière générale, en faveur de la faculté de formuler des réserves à une disposition conventionnelle énonçant une règle coutumière (617) y sont également pleinement transposables. Du reste, la pratique est bien établie en ce sens : avec les traités de droits de l'homme (qui sont d'ailleurs largement codificateurs du droit existant), les conventions de codification sont, de tous les traités, ceux qui sont l'objet du plus grand nombre de réserves (618). Et, s'il a pu arriver que certaines objections soient fondées sur le caractère coutumier des normes concernées (619), la nature propre de ces conventions n'a, semble-t-il,

(614) Voy. par ex. les rapports de la Commission sur ses huitième (1956) et quarante-septième sessions (1959), *A.C.D.I.*, 1956, vol. II, p. 256, §26 ou *A.C.D.I.*, 1956, vol. II, pp. 92-93, §§156-157. Voy. aussi *supra*, §126.

(615) P. BERTIER, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », *op. cit. supra* note 378, p. 632 (ou p. 371).

(616) Voy. *supra* §189 et, sur la question de la peine de mort au regard des articles 6 et 7 du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques (mais pour conclure à la négative), W. A. SCHABAS, « *Human Rights Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights...* », *op. cit. supra* note 218, pp. 308-310.

(617) Voy. *supra*, §212.

(618) A titre d'exemples, au 31 décembre 2003, la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques avaient fait l'objet de 57 réserves ou déclarations (dont 50 sont toujours en vigueur) de la part de 34 Etats parties (actuellement, 31 Etats ont fait des réserves toujours en vigueur) (*Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, pp. 90-100) et celle de 1969 sur le droit des traités de 70 réserves ou déclarations (dont 60 en vigueur) émanant de 35 Etats (32 actuellement) (*ibid.*, vol. II, pp. 340-351). Pour sa part, le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques, qui apparaît, aujourd'hui en tout cas, comme largement codificateur du droit international général en vigueur, a appelé 218 réserves ou déclarations (dont 196 sont toujours en vigueur) de la part de 56 Etats (*ibid.*, pp. 173-184).

(619) Voy. *supra* §§212 et 218.

jamais été invoquée à l'appui d'une déclaration d'incompatibilité avec leur objet et leur but.

222. Il reste que la nature coutumière d'une disposition faisant l'objet d'une réserve a des conséquences importantes en ce qui concerne les effets produits par celle-ci : lorsqu'elle est établie, elle paralyse l'application de la norme *conventionnelle* objet de la réserve dans les relations de l'Etat réservataire avec les autres Parties au traité, mais elle ne fait pas disparaître l'obligation lui incombant de respecter la règle coutumière (dont le contenu est, par hypothèse, identique) (620). La raison en est simple et apparaît avec une grande clarté dans le célèbre *dictum* de la C.I.J. dans l'affaire du *Nicaragua* :

« Le fait que les principes [du droit international général et coutumier] et reconnus comme tels sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions » (621).

C'est dès lors à juste titre que, dans l'objection qu'ils ont faite à une réserve de la Syrie à la Convention sur le droit des traités, les Etats-Unis considèrent que :

« l'absence de relations conventionnelles entre [eux] et la République arabe syrienne en ce qui concerne certaines dispositions de la partie V n'affectera aucunement le devoir qu'à ce dernier pays de s'acquiescer de toute obligation énoncée dans lesdites dispositions qui leur serait imposée par le droit international indépendamment de la Convention de Vienne sur le droit des traités » (622).

223. Le Juge *ad hoc* Sørensen a, dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt de la Cour de 1969 dans les affaires du *Plateau con-*

(620) En ce sens, Sir R. JENNINGS et Sir A. WATTS, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Harlow, Longman, 1992, vol. II, p. 1244; G. THORNTON, *op. cit. supra* note 179, p. 711 ou P. WILKINS, « Vers une nomenclature relative en droit international », *R.G.D.I.P.*, 1982, pp. 43-44. Voy. aussi les auteurs cités *supra*, note 594 ou W. A. SCHABAS, « Reservations to Human Rights Treaties. Time for Innovation and Reform », *op. cit. supra* note 179, p. 56. Paul Reuter avance un argument en sens contraire : « ... entre l'Etat qui formule la réserve et les parties qui s'abstiennent de présenter une objection, la règle coutumière cesse de s'appliquer puisque par un mécanisme conventionnel postérieur à l'établissement de la règle coutumière son application a été suspendue » (Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels, *op. cit. supra* note 378, pp. 630-631 (ou p. 370)), dans le même sens, G. THORNTON, *op. cit. supra* note 179, pp. 690 et 708).

ce raisonnement se heurte à de sérieuses objections, voy. *infra*, §225.

(621) C.I.J., arrêt du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua au contre de la compétence de la Cour et responsabilité de la requête*, *Rec. 1984*, §73. Voy. aussi l'opinion dissidente de MORENO, *ibid.*, p. 198.

(622) *Yveltes multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. II, p. 345. Voy. aussi *supra* notes 541-543 et les objections néerlandaises et polonaises citées *supra* §212.

tinentiel de la mer du Nord, résumé de la manière suivante les règles applicables en cas de réserve à une disposition déclaratoire du droit coutumier :

«... la faculté d'apporter des réserves à une disposition conventionnelle ne dépend pas de la question de savoir si ladite disposition peut être considérée ou non comme l'expression d'une règle de droit généralement reconnue. A l'appui de cette manière de voir, il me suffira de souligner que des réserves ont été faites à certaines dispositions de la convention sur la haute mer, bien que les dispositions de cette convention soient, d'après son préambule, pour l'essentiel déclaratoires de principes établis du droit international. Certains Etats contractants se sont opposés à quelques-unes des réserves formulées par d'autres Etats, mais d'autres réserves ont été tacitement acceptées. L'acceptation tacite ou expresse d'une réserve faite par une partie contractante n'a pas pour effet d'ôter à la Convention tout entière ou à l'article en question son caractère déclaratoire. Elle n'a pour effet que d'établir un rapport contractuel spécial entre les parties intéressées dans le cadre général du droit coutumier énoncé dans la Convention. Si la règle coutumière n'appartient pas à la catégorie du *jus cogens*, un rapport contractuel spécial de cette nature n'est pas nul en soi. Il n'y a donc pas incompatibilité entre la faculté de faire des réserves à certains articles de la Convention sur le plateau continental et la reconnaissance de cette convention ou des articles en question comme l'expression de règles de droit international généralement acceptées» (623).

(vi) *Les réserves à des dispositions énonçant des règles de jus cogens*

224. Il résulte aussi de cette position qu'à l'inverse, une réserve à une disposition conventionnelle énonçant une norme impérative du droit international général ne saurait être envisageable : le jeu des réserves et des acceptations établirait un « rapport contractuel » entre les Parties ; or l'accord en résultant serait nul de plein droit en conséquence du principe établi à l'article 53 de la Convention de Vienne (624).

225. Ce raisonnement se heurte à de graves objections : il repose sur les postulats de l'école de l'«opposabilité» (625) or ceux-ci sont loin d'être évidents (626) ; de plus et surtout, il assimile le mécanisme des réserves à un pur processus conventionnel, or une réserve est un acte unilatéral.lié au traité, certes, mais sans effets exogènes : par définition, elle « vise à exclure ou à modifier l'effet

juridique de certaines dispositions du traité dans leur application » à l'Etat réservataire (627) et, si elle est acceptée, telles sont, effectivement, ses conséquences (628) ; en revanche, acceptée ou non, elle laisse intact le droit international « environnant » ; la situation juridique des Etats intéressés n'en est affectée que dans leurs rapports conventionnels (629).

226. D'autres auteurs, plus nombreux, affirment l'incompatibilité de toute réserve à une disposition reflétant une norme impérative du droit international général soit sans avancer aucune explication (630), soit en postulant qu'une telle réserve serait, *ipso facto*, contraire à l'objet et au but du traité (631).

227. Telle est aussi la position prise par le Comité des droits de l'homme dans l'Observation générale n° 24 :

« Des réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du Pacte » (632)

Cette formulation est discutable (633) et, en tout cas, ne peut être généralisée : on peut fort bien concevoir qu'un traité évoque, marginalement, une norme de *jus cogens* sans que celle-ci relève de son objet et de son but.

228. On a toutefois fait valoir que « la règle prohibant la dérogation à une règle de *jus cogens* vise non seulement les rapports conventionnels mais aussi tous les actes juridiques, dont les actes unilatéraux » (634).

(627) Article 2, § 1 d), de la Convention de Vienne

(628) Voy l'article 21 de la Convention.

(629) Voy *supra*, § 222

(630) Voy par exemples : R. RIGUELME CORRAO, *op cit supra* note 189, p. 147. Voy aussi

A. PELLET, Deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/17/Add.1, §§ 141-142

(631) Voy aussi l'opinion dissidente du Juge TANAKA dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J., *Rec* 1969, p. 182.

(632) Observation générale préc. note 205, § 8. Non sans quelque raison la France, dans ses commentaires (voy *supra* note 222, p. 130, § 2), fait valoir que « le paragraphe 8 est rédigé de telle manière que le document paraît associer au point de les confondre deux notions juridiques distinctes, celle de normes impératives et celle de règles du droit international coutumier ».

(633) Cf. les doutes exprimés à cet égard par les Etats-Unis qui dans leur commentaire de l'Observation générale n° 24, transposent aux dispositions énonçant des normes impératives la solution qui s'impose s'agissant de celles formulant des règles coutumières. « Il est clair qu'un Etat ne peut se dégager d'une norme impérative du droit international en formulant une réserve au Pacte. Il n'est pas du tout évident qu'un Etat ne puisse choisir d'exclure un certain mode d'exécution de normes particulières en formulant une réserve pour que ces normes ne soient pas incluses dans ses obligations au titre du Pacte » (commentaire préc. note 222, pp. 149-150)

(634) Cf. TEBOTL, *op cit supra* note 179, p. 707, note 53, renvoyant à J. D. SICRETT, « Du caractère obligatoire des engagements unilatéraux en droit international public », *R.G.D.I.P.*, 1979, p. 663 et à la doctrine citée

(623) C.I.J. *Rec* 1969, p. 248

(624) Voy aussi G. TEBOTL, *op cit supra* note 179, pp. 690 et 707

(625) Voy *supra*, § 113

(626) Voy *supra* le commentaire des articles 20 et 21

Ceci est certainement exact et constitué, à vrai dire, le seul motif intellectuellement convaincant de ne pas transposer aux réserves à des dispositions impératives le raisonnement qui conduit à ne pas exclure, dans son principe, la faculté de formuler des réserves à des dispositions conventionnelles énonçant des règles coutumières (635).

229. En formulant une réserve, un Etat peut, certes, vouloir s'exonérer de la règle sur laquelle porte la réserve elle-même et, s'agissant d'une norme impérative du droit international général, il ne saurait en être question (636) — d'autant plus que l'on ne peut admettre qu'un objet persistant puisse tenir une telle norme en échec. Mais les objectifs visés par l'Etat réservataire peuvent être différents : tout en acceptant le contenu de la règle, il peut vouloir échapper aux conséquences qu'elle induit, notamment en ce qui concerne son contrôle (637) et, sur ce point, il n'y a pas de raison de ne pas transposer aux normes impératives le raisonnement suivi en ce qui concerne les règles coutumières simplement obligatoires. Toutefois, aussi regrettables que cela puisse paraître, les réserves ne sont pas obligatoirement motivées et, dans les faits, elles le sont rarement ; dès lors, en l'absence en tout cas de motivation claire, il est impossible pour les autres Parties contractantes ou les organes de contrôle, de s'assurer de la validité de la réserve et il est préférable de poser en principe que toute réserve à une disposition formulant une norme de *jus cogens* est nulle *ipso jure*.

230. Cette conclusion doit cependant être assortie de deux caveats importants. En premier lieu, cette interdiction n'est pas la conséquence de l'alinéa e) de l'article 19 de la Convention de Vienne mais, *mutatis mutandis*, du principe posé à l'article 53. En second lieu, il existe pour les Etats d'autres manières d'échapper aux con-

(635) Il en va *a fortiori* ainsi si l'on considère le « couple réserve/acceptation comme un accord modifiant le traité dans les rapports entre les deux Etats concernés (cf. M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, pp. 30-31 ; cette analyse se trouvait cependant peu convaincante (VOY, *supra*, §§208-211).

(636) Il y a, bien sûr, peu d'exemples de réserves clairement contraires à une norme de *jus cogens*. Voy. cependant la réserve formulée par Myanmar lors de son adhésion, en 1993, à la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, par laquelle ce pays se réserve la possibilité de ne pas appliquer l'article 37 de cet instrument et d'exercer des « pouvoirs d'arrestation, d'exclusion, d'interrogatoire, d'enquête et d'investigation » à l'égard d'enfants pour « sauvegarder l'intérêt national suprême ». *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, pp. 320-321 ; cette réserve, qui avait fait l'objet d'objections de la part de quatre Etats (qui se sont fondés sur le renvoi à la législation nationale et non sur la contrainte de la réserve avec une norme impérative), a été retirée en 1993 (VOY, *Traité multilatéral... - Etat au 31 décembre 1993*, ST/LEG/SER E/11-12, pp. 209-211).

(637) Voy. *supra* §216.

séquences de la « conventionnalisation » d'une norme impérative du droit international général : il leur est loisible de formuler une réserve non pas à l'égard de la disposition de fond concernée, mais des articles « secondaires » régissant les rapports conventionnels (contrôle, règlement des différends, interprétation) quitte à en limiter la portée à une disposition de fond déterminée (638).

231. En apparence, le problème des réserves aux clauses indérogables figurant dans les traités de droits de l'homme se pose dans des termes très voisins (639). Et les Etats motivent fréquemment leurs objections à de telles dispositions par l'interdiction, conventionnelle, d'en suspendre l'application quelles que soient les circonstances (640).

232. Il est évident que, dans la mesure où les dispositions indérogables portent sur des normes de *jus cogens*, le raisonnement applicable à celles-ci vaut pour celles-là (641). Mais il n'y a pas forcément d'identité totale entre les unes et les autres (642). Selon le Comité des droits de l'homme :

« Bien qu'il n'existe pas de corrélation automatique entre les réserves émises à l'égard de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé et celles qui portent atteinte à l'objet et au but du Pacte, il incombe à un Etat de justifier pareille réserve » (643).

(638) Dans cet esprit, voy. par ex. les réserves du Malawi et du Mexique à la Convention contre la prise d'otages de 1970, qui subordonnent l'application de l'article 17 (règlement des différends et compétence de la Cour) aux conditions de leurs déclarations facultatives en vertu de l'article 36, §2, du Statut de la C.I.J., *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. II, p. 114. Il ne peut faire de doute que de telles réserves ne sont pas exclues par principe, voy. *supra*, §199.

(639) Sur cette question, voy. not. R. RIQUELME CORRAO, *op. cit. supra* note 199, pp. 152-159.

(640) Voy. les articles 4, §2, du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, l.º, §2, de la Convention européenne (voir aussi l'art. 3 du Protocole nº 6, l'art. 4, §3, du Protocole nº 7, art. 2 du Protocole nº 13), ou 27 de la Convention interaméricaine. Ni le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ni la Charte africaine ne comportent de clause de ce type (voy. F. OURENGOIZ, « L'absence de clauses de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 289-335).

(641) Cf. l'Observation générale nº 24 du Comité des droits de l'homme : « en tout état de cause, [certains droits, comme l'interdiction de la torture et de la privation arbitraire de la vie] ne peuvent faire l'objet d'une réserve puisque ce sont des normes impératives » (préc. note 205, §10).

(642) Voy. l'Observation générale nº 29 du Comité des Droits de l'homme, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 24 juillet 2001, §11. Voy. aussi : R. RIQUELME CORRAO, *op. cit. supra* note 199, pp. 153-155 ou K. TRAYAK, « Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond : From the Perspective of Non-Derogable Rights », *E.J.I.L.*, 2001, pp. 917-947.

(643) Observation générale nº 24, préc. note 205, §10.

Ce dernier point est une pure pétition de principe, qui répond sans aucun doute à des motifs d'opportunité louables mais n'est fondé sur aucun principe juridique.

233. Il en résulte cependant *a contrario* que, selon le Comité, si un droit indérogable ne relève pas du *ius cogens*, il peut, en principe faire l'objet d'une réserve. De son côté, le Comité interromptivement des droits de l'homme a déclaré, dans son avis consultatif du 8 septembre 1983 sur les *Restrictions à la peine de mort* :

« L'article 27 de la Convention permet aux Etats parties de suspendre les obligations contractées en vertu de la Convention en cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité de l'Etat en question, à condition que cette décision n'entraîne pas la suspension de certains droits fondamentaux et essentiels et ne permette pas d'y déroger, droits parmi lesquels figure le droit à la vie garanti par l'article 4. Il s'ensuit que toute réserve formulée en vue de permettre à un Etat de suspendre l'un quelconque de ces droits fondamentaux, auxquels il est interdit de déroger en toute hypothèse, doit être considérée comme incompatible avec l'objet et le but de la Convention et, en conséquence, comme prohibée. La situation serait différente, si la réserve tendait uniquement à limiter certains aspects d'un droit non dérogeable, sans pour autant priver le droit de son but fondamental. Etant donné que la réserve à laquelle se réfère la Commission dans la présente demande ne paraît pas vouloir nier le droit à la vie en soi, la Cour conclut, qu'en l'espèce, la réserve ne peut être considérée, en principe, comme étant incompatible avec l'objet et le but de la Convention » (644).

234. A l'encontre de toute possibilité de formuler des réserves à une disposition indérogable, on a fait valoir que, dès lors que toute suspension des obligations en question sont exclues par le traité, « with greater reason one should not admit any reservations, perpetuated in time until withdrawn by the State at issue; such reservations are [...] without any caveat, incompatible with the object and purpose of those treaties » (645). L'argument n'importe pas la conviction : une chose est de ne pouvoir déroger à une disposition par laquelle on est lié ; autre chose est de déterminer si l'Etat est lié par la disposition en question (646). Or, c'est ce second problème qu'il s'agit de résoudre.

(644) Précis note 271, §61 (texte français in R. I. D. H., 1992, p. 306)

(645) Opinion individuelle de Augusto CARRERA TRINIDAD jointe à l'arrêt de la C.I.A.D.H. du 22 janvier 1989 dans l'affaire *Baldé*, Série C, n° 27, §11; voir le commentaire favorable de R. RICOZARTE CONTRAÑO, *op. cit. supra* note 199, p. 153. Dans le même sens, voir l'objection des Pays-Bas, citée *infra*, note 648

(646) Voir le commentaire du Royaume-Uni sur l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, « Déroger à une obligation formellement contractée et renoncer d'emblée à assumer l'obligation ne sont pas la même chose »; précis note 222, p. 155, §6)

235. On doit donc admettre que si certaines réserves à des dispositions indérogables sont certainement exclues - soit parce qu'elles tendraient en échec une norme impérative, soit parce qu'elles seraient contraires à l'objet et au but du traité, il n'en va pas toujours et forcément ainsi (647). Le caractère indérogable d'un droit protégé par un traité de droits de l'homme n'est pas, en lui-même, un obstacle à ce qu'une réserve soit formulée; mais il attire l'attention sur son importance et constitue un guide utile pour l'appréciation du critère fondé sur l'objet et le but du traité.

236. Cette solution nuancée est bien illustrée par l'objection du Danemark aux réserves des Etats-Unis aux articles 6 et 7 du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques :

« ... le Danemark appelle l'attention sur le paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte, aux termes duquel même dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation, aucune dérogation n'est autorisée à un certain nombre d'articles fondamentaux, dont les articles 6 et 7.

De l'avis du Danemark, la réserve des Etats-Unis concernant la peine de mort pour des crimes commis par des personnes âgées de moins de 18 ans ainsi que la réserve 3, relative à l'article 7, constituent des dérogations de caractère général aux articles 6 et 7, alors qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 4 du Pacte de telles dérogations ne sont pas autorisées.

C'est pourquoi, et compte tenu du fait que les articles 6 et 7 protègent deux des droits les plus fondamentaux qu'énonce le Pacte, le Gouvernement danois considère lesdites réserves comme incompatibles avec l'objet et le but du Pacte; en conséquence, le Danemark formule des objections à ces réserves » (648).

A l'inverse, il convient de relever que, dans certains cas, les Parties n'ont pas formulé d'objection contre des réserves portant sur des dispositions auxquelles aucune dérogation n'est permise (649).

(647) Voir F. HAMPSON, document de travail précé, note 234, §52; R. HIGGINS, « Human Rights: Some Questions of Integrity », *Michigan L. Rev.*, 1989, p. 15; J. McBRINE, *op. cit. supra* note 210, pp. 163-164; J. POLAKIEWICZ, *op. cit. supra* note 184, p. 113 ou C. REIDWELL, « Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24(52) », *op. cit. supra* note 205, p. 402; *contra*: L. LUSZKARD, *op. cit. supra* note 11, p. 91

(648) *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, précé, note 286, vol. 1, p. 186; voir aussi, quoique moins nettement motivées par le caractère indérogable des articles 6 et 7, les objections de l'Allemagne, de la Belgique, de l'Italie, de la Norvège, des Pays-Bas (qui précisent que la réserve des Pays-Unis à l'article 7 a le même effet qu'une dérogation de caractère général à cet article, alors qu'aux termes de l'article 4 du Pacte aucune dérogation n'est permise même en cas de danger public exceptionnel), du Portugal ou de la Suède *ibid.*, pp. 185-190.

(649) Voir les nombreux exemples donnés par W. A. SCHABAS en ce qui concerne le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques et les conventions européennes et interaméricaines des droits de l'homme, « Reservations to Human Rights Treaties. Time for Innovation and Reform », *op. cit. supra* note 179, pp. 31-32, note 31

237. Il va de soi qu'en revanche le fait qu'une disposition puisse, en principe faire l'objet d'une dérogation ne signifie pas que toute réserve la concernant soit valide (650). S'y applique également le critère de sa compatibilité avec l'objet et du but du traité.

2. — *La détermination de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité et ses conséquences*

a) *La compétence pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité*

238. Il faut reconnaître que, si elle est moins « énigmatique » qu'on l'a écrit (651), la notion d'objet et de but du traité se prête mal à une systématisation doctrinale et fait davantage appel à l'esprit de finesse qu'à l'esprit de géométrie. Dans chaque cas concret, il appartient à l'interprète de procéder à une appréciation spécifique en prenant en considération les éléments suivants, que l'on peut déduire de l'ensemble des considérations qui précèdent :

- le texte du traité;
- son contexte, y compris, le préambule, les articles définissant l'esprit dans lequel il a été conclu et les objectifs poursuivis par les Parties à la lumière, le cas échéant, des travaux préparatoires,
- en tenant compte de l'évolution que le droit a pu connaître depuis son adoption;
- le degré de précision de la réserve; et
- l'effet que celle-ci est susceptible de produire sur l'économie générale du traité.

Il convient en outre de s'interroger sur la nature (coutumière, indérigeable, impérative) de la norme sur laquelle porte la réserve (même si, en réalité, cette détermination n'est pas directement liée à celle de l'objet et du but (652)).

239. Il n'est dès lors pas douteux que la détermination de la compatibilité ou de l'incompatibilité d'une réserve (donnée) à un traité (donné) laisse une place non négligeable à la subjectivité de l'interprète (653). Il

ne faut cependant pas s'exagérer les incongruïtés en résultant. Après tout, ces directives, qui constituent des orientations de caractère général par lesquelles l'interprète doit se laisser guider de bonne foi, ne sont pas plus vagues que celles résultant des règles énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, dont elles sont, au demeurant, très proches (654); or il s'agit, comme on l'a écrit à juste titre, d'une des reuses les plus remarquables de la Convention (655). Et si, en pratique, la mise en œuvre de ces directives n'est pas forcément simple, elles ne posent pas de problèmes insurmontables et se révèlent très raisonnablement opérationnelles.

240. Dès lors, quand bien même il est parfaitement exact que la Convention de Vienne ne prévoit aucun mode de règlement des différends pouvant surgir quant à la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité sur lequel elle porte (656), le véritable « abécé de fixation » de la doctrine sur la question de savoir qui a compétence pour déterminer la compatibilité (ou l'incompatibilité) d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité n'a pas lieu d'être.

241. Il va de soi que tout traité peut comporter une disposition spéciale prévoyant des procédures particulières d'appréciation de la validité de la réserve soit par un certain pourcentage des États parties, soit par un organe ayant compétence à cette fin. L'une des clauses les plus connues et les plus commentées (657) en ce sens figure dans l'article 20, paragraphe 2, de la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale :

« Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente convention ne sera autorisée non plus qu'une réserve qui aurait pour effet de paralyser le fonctionnement de l'un quelconque des organes créés par la Convention. Une réserve sera considérée comme rentrant dans les catégories définies ci-dessus si les deux tiers au moins des États parties à la Convention émettent des objections » (658).

(654) Voy. *supra*, § 192.

(655) P. REUTER, *Introduction au droit des traités*, *op. cit.*, *supra* note 6, p. 89.

(656) Voy. par exemple J. COMBACAU, « Logique de la validité... », *préc.* note 295, pp. 197-198 et 201-202 ou K. ZEMANSKY, *op. cit.*, *supra* note 108, p. 331.

(657) Voy. par ex. A. CASSESE, *op. cit.*, *supra* note 224, pp. 266-304. C. REDGWELL, « The Law of Reservations in Respect of Multilateral Conventions », *op. cit.*, *supra* note 482, pp. 13-14 ou R. RIGURLEME CORRIADO, *op. cit.*, *supra* note 199, pp. 317-322.

(658) Voy. aussi, par exemples, l'article 20, de la Convention sur les facilités douanières en faveur du tourisme du 4 juin 1954 qui autorise les réserves « acceptées par la Conférence à la majorité de ses membres et consignées dans l'acte final » (§ 1) ou présentées après la signature si un tiers des États contractants n'a pas formulé d'objection dans les 90 jours suivant la notification de la réserve par le Secrétaire général (§§ 2 et 3) et les clauses similaires figurant dans l'article 14 du Protocole additionnel à cette Convention et dans l'article 39 de la Convention douanière

(650) Cf. C. REDGWELL, « Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No 24(53) », *op. cit.*, *supra* note 205, p. 402.

(651) Voy. *supra*, §§ 179 et 190.

(652) Voy. *supra*, not. §§ 216-221, 227-229, et 233-236.

(653) Voy. *supra*, § 179.

242. Cette clause de réserve s'inspire sans doute de tentatives faites, sans succès, pour inclure dans la Convention de Vienne elle-même un mécanisme majoritaire d'appréciation de la validité des réserves (659) :

- deux des quatre propositions faites *de lege ferenda* en 1953 par Hersch Lauterpacht (660) subordonnaient l'établissement d'une réserve à l'assentiment des deux tiers des Etats intéressés (661) ;
- Fitzmaurice n'a fait aucune proposition expresse en ce sens puisqu'il s'en tenait à une application stricte du principe de l'unanimité (662) ; toutefois, à plusieurs reprises, il a fait valoir que l'appréciation collective de l'admissibilité des réserves constituait le système « idéal » (663) ;

- bien que Waldock n'eût pas non plus proposé un tel mécanisme dans son premier rapport en 1962 (664), plusieurs membres de la Commission s'en firent les défenseurs (665) ;

- lors de la Conférence de Vienne, l'amendement en ce sens du Japon, des Philippines et de la République de Corée (666) fût relative à l'importation temporaire des véhicules routiers privés (voy. le *Recueil des débats finaux préparé par la Section des traités du Service juridique de l'Organisation des Nations Unies*, ST/LEG.6, 20 juin 1967, pp. 107-110) ou les articles 50, §3, de la Convention unifiée sur les stupéfiants de 1961 et 32, §3, de la Convention de 1971 sur les substances psychotropes, qui subordonnent la recevabilité de la réserve à l'absence d'objection de la part d'un tiers des Etats contractants.

(659) Pour une synthèse des discussions sur la question à la C.D.I. et durant la Conférence de Vienne, voy. R. RIGERLAME CORRAO, *op. cit. supra* note 199, pp. 314-315.

(660) Voy. *supra*, §41.

(661) Variantes A et B, premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/63, préc. note 3, pp. 8-9 (le texte anglais est reproduit in *I.L.C.Y.*, 1953, pp. 91-92). Les variantes C et D confiaient la tâche d'apprécier la recevabilité des réserves respectivement à une commission instituée par les Etats parties et à une Chambre de procédure sommaire de la Cour internationale de Justice (*ibid.*, pp. 9-10 ou 92). Voy. aussi les propositions faites lors de l'élaboration du « Pacte des droits de l'homme » et reproduites dans le deuxième rapport de H. LAUTERPACHT, A/CN.4/87, préc. note 92, pp. 30-31 (texte anglais in *I.L.C.Y.*, 1954, vol. II, p. 132).

(662) Voy. *supra*, §43.

(663) Voy. surtout *loc. cit. supra* note 30, pp. 23-26.

(664) Voy. *supra*, §§44-50.

(665) Voy. not. BRICCS, *A.C.D.I.* 1962, vol. I, 63^{ème} séance, 25 mai 1962, p. 157, §28 et 63^{ème} séance, 29 mai 1962, p. 170, §§73-74; GROS, 63^{ème} séance, 30 mai 1962, p. 184, §43; BARTOL, *ibid.*, p. 186, §66; *contra*: ROSKOFF, 63^{ème} séance, p. 163, §83; TOUKRINE, 63^{ème} séance, 29 mai 1962, p. 174, §§24-25 et 63^{ème} séance, p. 183, §31; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 63^{ème} séance, p. 177, §47 ou AMADO, 63^{ème} séance, p. 183, §34. Waldock proposa une variante reflétant ces vues (voy. 63^{ème} séance, p. 181, §16) qui, après avoir été écartées par la Commission, apparurent cependant dans le commentaire du projet d'article 18 (*A.C.D.I.*, 1962, vol. II, p. 197, §11) et dans ceux des projets d'articles 16 et 17 de 1966 (*A.C.D.I.*, 1966, vol. II, pp. 223-224, §11). Voy. aussi le Quatrième rapport, A/CN.4/177, préc. note 143, p. 52, §3.

(666) L'amendement au paragraphe 2 de l'article 18 prévoyait que si des objections « ont été formulées par la majorité des Etats contractants à la date de l'expiration de ladite période de douze mois, la signature, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion accompagnée

rejeté à une majorité importante (667) malgré l'appui de plusieurs délégations (668) ; l'expert-conseil, Sir Humphrey Waldock (669), ainsi que d'autres délégations (670) se sont montrés très réticents à l'égard d'un tel mécanisme de contrôle collectif.

243. Force est cependant de reconnaître que de telles clauses, pour séduisantes qu'elles puissent apparaître intellectuellement (671), sont, de toutes manières, loin de résoudre tous les problèmes : en pratique elles n'incitent pas les Etats parties à faire preuve de la vigilance particulière à laquelle on pourrait s'attendre (672) et elles laissent d'importantes questions sans réponse :

de cette réserve est sans effet juridique. Initialement, l'amendement proposait de ramener cette période de douze à trois mois (A/CONF.39/C.1/L.133 et Rev.1, voy. les Rapports de la Commission plénière (A/CONF.39/14), Doc. off. conf., préc. note 162, p. 145, §177.1.a). Voy. aussi l'intervention du représentant japonais lors de la Conférence, in Doc. off., C.R.A., préc. note 162; Commission plénière, 21^{ème} séance, 10 avril 1968, p. 120, §29 et 24^{ème} séance, 16 avril 1968, pp. 142-143, §§62-63). Voy. aussi un amendement dans le même sens de l'Australie (A/CONF.39/C.1/L.166, *ibid.*, p. 147, §179 v.F, qui l'a retiré par la suite (voy. *ibid.*, p. 148, §181)). Sans présenter de proposition formelle, le Royaume-Uni a indiqué qu'il restait évidemment nécessaire de mettre au point un mécanisme assurant une application objective du critère de la compatibilité, soit par un organe extérieur, soit par un système collégial lorsqu'un nombre important d'Etats intéressés considéraient les réserves comme étant incompatibles avec l'objet et le but du traité (Doc. off., C.R.A., préc. note 162; Commission plénière, 21^{ème} séance, 10 avril 1968, p. 124, §76).

(667) 48 contre 14 voix, avec 25 abstentions. Rapports de la Commission plénière (A/CONF.39/14), Doc. off. conf., préc. note 162, p. 148, §182.c).

(668) Viet-Nam (Doc. off., C.R.A., préc. note 162; Commission plénière, 21^{ème} séance, 10 avril 1968, p. 119, §22), Italie (*ibid.*, 22^{ème} séance, 11 avril 1968, p. 131, §79), Chine (*ibid.*, 23^{ème} séance, 11 avril 1968, p. 131, §33), Singapour (*ibid.*, p. 133, §16), Nouvelle-Zélande (24^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 138, §18), Inde (*ibid.*, pp. 139-140, §32 et §38), Zambie (*ibid.*, p. 140, §41), Ghana (22^{ème} séance, 11 avril 1968, p. 130, §§71-72). Le représentant suédois qui appuyait en principe l'idée d'un mécanisme de contrôle, a considéré que la proposition japonaise était « une tentative de parvenir à une solution de ce problème » (*ibid.*, 22^{ème} séance, 11 avril 1968, p. 127, §34). Voy. aussi les réserves exprimées par les Etats-Unis (*ibid.*, 24^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 141, §49) et par la Suisse (*ibid.*, 25^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 145, §9).

(669) A propos de l'amendement proposé par le Japon et d'autres délégations (voir *supra* note 666), l'expert-conseil a estimé « que, pour tentantes qu'elles paraissent, des propositions de ce genre feraient pencher la balance dans le sens de la rigueur et rendraient peut-être plus difficile un accord général sur les réserves. D'ailleurs, un tel système resterait peut-être théorique car les Etats ne font pas volontiers des objections aux réserves » (Doc. off., C.R.A., préc. note 162; Commission plénière, 24^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 137, §9).

(670) Thailande (*ibid.*, 21^{ème} séance, 10 avril 1968, p. 121, §47), Argentine (24^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 141, §45), Tchecoslovaquie (*ibid.*, p. 143, §68), Ethiopie (*ibid.*, 25^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 146, §17).

(671) On peut cependant avoir des doutes quant au bien-fondé d'un système collégial des lors que le but même d'une réserve est précisément « de sauvegarder la position d'un Etat qui considère comme essentiel un point qui n'a pas recueilli la majorité des deux tiers » (A.C.D.I. 1962, vol. I, Jiménez de Aréchaga, 63^{ème} séance, 30 mai 1962, p. 183, §37). Voy. aussi les vives critiques d'A. CASSESE, *op. cit. supra* note 224, *passim* et, en particulier, pp. 301-304.

(672) Sur l'inertie des Etats en la matière, voy. les propos de l'expert-conseil lors de la Conférence de Vienne (*supra* note 669) et P. H. MERET, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 146-147 ou R. RIGERLAME CORRAO, *op. cit. supra* note 199, pp. 316-321; voy. aussi *infra*, §259.

— excluent-elles la possibilité ouverte aux Etats parties de faire des objections en application des dispositions des paragraphes 4 et 5 de l'article 20? compte tenu de la très grande latitude dont disposent les Etats à cet égard (673), une réponse négative s'impose sans doute; du reste, les Etats objectants à des réserves formulées en vertu de l'article 20 de la Convention sur la non-discrimination ont maintenu celles-ci (674) nonobstant l'absence d'appui à leur position par les deux tiers des Parties nécessaire à une détermination « objective » de l'incompatibilité en vertu de cette disposition; — en revanche, le mécanisme institué par l'article 20 a dissuadé le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale institué par la Convention de prendre position sur la validité des réserves (675), ce qui pose la question de savoir si cette attitude relève d'une appréciation en opportunité ou si, en l'existence de mécanismes spécifiques d'appréciation, les organes de contrôle doivent s'abstenir de prendre position; à vrai dire, rien ne les y oblige: dès lors que l'on admet que de tels mécanismes se surimposent aux processus conventionnellement prévus de détermination de la validité des réserves et que les organes de droits de l'homme ont vocation à se prononcer sur ce point dans l'exercice de leur mission (676), ils peuvent le faire dans tous les cas, au même titre que les Etats.

244. Plus généralement, il faut considérer que cette compétence appartient aux différentes instances qui sont appelées à interpréter les traités: les Etats, leurs tribunaux internes et, dans les limites de leurs compétences, les organes de règlement des différends et de contrôle de l'application du traité. Ce serait évidemment le cas si un traité prévoyait expressément l'intervention d'un organe juridictionnel pour trancher un litige relatif à la validité des réserves, mais il ne semble pas exister de clause de réserve en ce sens alors même

(673) Voy. *infra*, le commentaire de l'article 20, §§ 72 et suiv.

(674) Voy. *Traites multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, préc. note 283, vol. I, pp. 144-149.

(675) Voy. *supra*, § 100. Récemment, le C. E. R. D. a cependant quelque peu assoupli sa position, ainsi, en 2003, il a relevé à propos d'une réserve formulée par l'Arabie saoudite: « L'Etat partie a formulé une réserve générale dont le caractère large et imprécis suscite des préoccupations quant à sa compatibilité avec l'objet et le but de la Convention. Le Comité encourage l'Etat partie à réexaminer sa réserve en vue de la retirer officiellement. (Rapport, 63^{ème} et 63^{ème} sessions (2003), Assemblée générale, Documents officiels, Cinquante huitième session, Supplément n° 18 (A/58/18), p. 39 § 208) ».

(676) Voy. *supra*, § 202.

que la question se prête éminemment à une détermination juridictionnelle (677). Il ne fait cependant aucun doute qu'un tel litige peut être tranché par tout organe désigné par les Parties pour se prononcer sur les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du traité. Des lors, on doit considérer que toute clause générale de règlement des différends établit la compétence de l'organe désigné par les Parties en la matière (678).

245. En revanche, conformément au principe, largement dominant, du « dépositaire-boîte aux lettres » (679) entériné par l'article 77 de la Convention, le dépositaire ne peut en principe que prendre note des réserves qui lui sont notifiées et les transmettre aux Etats contractants (680) sans se prononcer sur leur validité, sauf peut-être dans les cas où leur absence de validité est manifeste (681).

246. En réalité, la querelle doctrinale qui fait rage à cet égard tient à la conjugaison de plusieurs facteurs:

— la question ne se pose réellement qu'en liaison avec les traités de droits de l'homme;

— s'il en va ainsi, c'est, d'abord, parce que c'est dans ce domaine et dans celui-ci seulement, que les traités modernes créent, presque systématiquement, des mécanismes de contrôle de la mise en œuvre des normes qu'ils édictent; or, si nul n'a jamais contesté

(677) En ce sens, voy. H. J. BOUTRECHON, *op. cit. supra* note 267, p. 359 ou D. BOWETT, *op. cit. supra* note 294, p. 81.

(678) Dans son avis de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*, la C. I. J. a indiqué: « Il se peut [...] que certaines parties, tenant pour incompatible avec le but de la Convention l'assentiment donné par d'autres parties à une réserve, se décident à prendre position sur le plan juridictionnel au sujet de cette divergence et à poursuivre le règlement du différend ainsi né soit par compromis, soit par la voie indiquée à l'article IX de la Convention » (Rec. 1951, p. 27); voy. aussi la jurisprudence citée *supra*, § 199. De même, dans sa décision du 30 juin 1977, le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire de la *Mer d'Irrose* s'est implicitement reconnu compétent pour se prononcer sur la validité des réserves françaises en estimant « que les trois réserves à l'article 6 (de la Convention sur le plateau continental de 1958) sont des réserves véritables et permises » (R.S. A.N.E., XVIII, p. 170 § 56). Voy. aussi la position de la C. I. J. en ce qui concerne la validité des « réserves » (de nature particulière il est vrai) incluses dans les déclarations facultatives d'acceptation de sa juridiction obligatoire (voy. not. l'arrêt du 26 novembre 1957 dans l'affaire du *Droit de passage en territoire indien (exceptions préliminaires)*, Rec. 1957, pp. 141-144, les opinions de Sir Hersch LANTIERA, CHI, individuelle dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (arrêt du 6 juillet 1957, Rec. 1957, pp. 43-55) et dissidente dans celle de l'*Interhandel* (arrêt du 21 novembre 1959, Rec. 1959, pp. 103-106 — voy. aussi les opinions dissidentes du Président KLASSTRAND et du Juge ARMAND-HICON, *ibid.*, pp. 75 et 83).

(679) Voy. aussi J. COMBACAR, *ibid.*, préc. note 289, p. 199 et *infra* le commentaire de l'article 23, § 71.

(680) Voy. *ibid.*, §§ 72-77.

(681) Voy. *ibid.*, §§ 78 et 79 et *infra*, § 256.

qu'un juge ou un arbitre ait compétence pour apprécier la validité d'une réserve, y compris sa compatibilité avec le but et l'objet du traité auquel elle est attachée (682), les traités de droits de l'homme dotent les organes qu'ils insituent de compétences diversifiées (certains – au plan régional – peuvent rendre des arrêts obligatoires mais d'autres ne peuvent qu'adresser aux Etats des recommandations d'ordre général ou liées à une plainte individuelle);

– ce phénomène est relativement nouveau et n'a pas été pris en compte par les rédacteurs de la Convention de Vienne;

– au surplus, les organes de droits de l'homme ont eu une conception particulièrement extensive de leurs compétences en ce domaine: non seulement ils se sont reconnus compétents pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but de la convention les instituant, mais encore, ils ont semblé considérer qu'ils avaient, à cette fin, une compétence de décision même lorsqu'ils n'en sont pas dotés par ailleurs (683) et, appliquant la doctrine de la «divisibilité», ils ont déclaré les Etats auteurs de réserves dont ils avaient constaté l'invalidité, liés par le traité, y compris par la ou par les dispositions sur lesquelles portaient celles-ci (684);

– ce faisant ils ont suscité l'opposition des Etats, peu soucieux d'être engagés par un traité au-delà des limites qu'ils acceptent et qu'ils entendent moduler aussi librement que possible; certains d'entre eux ont réagi avec une virulence particulière et sont allés jusqu'à dénier aux organes en question toute compétence en la matière (685);

– à cela s'ajoute l'«hyper-sensibilité» des militants des droits de l'homme et de la doctrine «droits-de-l'hommeiste» dans ce domaine, ce qui n'a pas contribué à apaiser une querelle pourtant largement artificielle.

247. Les choses sont pourtant moins compliquées qu'on l'a écrit. En premier lieu, il ne saurait faire de doute que les organes de droits de l'homme sont compétents pour se prononcer, lorsqu'ils

sont saisis, dans l'exercice de leurs compétences, de la question de la validité d'une réserve, y compris bien sûr de sa compatibilité avec l'objet et le but de la convention (686). En deuxième lieu, à cette occasion, ils ne disposent ni de plus, ni de moins de pouvoirs que dans toute autre matière: le Comité des droits de l'homme et les autres organes universels de droits de l'homme qui n'ont pas de pouvoir de décision ne l'acquiescent pas en matière de réserves: les cours régionales qui peuvent rendre des arrêts ayant l'autorité de la chose jugée l'ont – mais dans certaines limites. En effet, en troisième lieu et enfin, si tous les organes de droits de l'homme (ou de règlement des différends) peuvent apprécier la validité de la réserve contestée, ils ne peuvent substituer leur propre appréciation au contentement de l'Etat à être lié par le traité (687).

248. Il va de soi que les compétences appartenant à ces organes ne portent pas atteinte à celle appartenant aux Etats d'accepter les réserves ou d'y objecter, telles qu'elles sont établies et réglementées par les articles 20, 21 et 23 de la Convention de Vienne (688). De même, rien n'empêche les tribunaux nationaux d'apprécier, le cas échéant, la validité des réserves émises par un Etat à l'occasion d'un litige dont ils sont appelés à connaître (689), y compris leur compatibilité avec l'objet et le but d'un traité, dès lors qu'ils sont autorisés à faire application des règles du droit international conventionnel – pour les Etats parties à la Convention de Vienne de 1969 – ou coutumier – puisque le principe énoncé à l'article 19.c) a valeur coutumière (690).

249. La situation actuelle en ce qui concerne le contrôle de la validité des réserves aux traités, et tout spécialement aux conventions de droits de l'homme est donc caractérisée par la concurrence

(686) Voy. *supra*, §§98-104.

(687) Voy. *supra*, §97.

(688) Voy. *infra* les commentaires de ces dispositions. Voy. cependant l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, préc. note 205, §18. «... cette tâche [la détermination de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité] n'est pas du ressort des Etats parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme...»; ce passage contredit le paragraphe précédent dans lequel le Comité reconnaît qu'«... une objection élevée par les Etats à une réserve peut donner au Comité un élément d'appréciation pour déterminer si la réserve est compatible avec l'objet et le but du Pacte».

(689) Voy. l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 17 décembre 1992, dans l'affaire *Eidgenöss. B. c. Conseil d'Etat du canton de Thurgovie (Journal des Tribunaux, I Droit fédéral, 1992, pp. 523-537)* et le commentaire de J.F. PLATTS, «La contentieux des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse. *Requiem* pour la déclaration interprétative relative à l'article 6 §1», *R. U. D. H.*, 1993, pp. 297-303.

(690) Voy. *supra*, §§127-134.

(682) Voy. *supra*, note 676.

(683) Voy. en ce sens les remarques de A. AUST, *op. cit. supra* note 3, pp. 122-123.

(684) Voy. *supra*, §105.

(685) Voy. *supra*, note 222.

ou, en tout cas, la coexistence, de plusieurs mécanismes de contrôle de la validité des réserves (691) :

- l'un, qui constitue le droit commun, est celui, purement interétatique, que consacre l'article 20 de la Convention de Vienne et qui peut être aménagé par des clauses de réserves particulières figurant dans des traités donnés ;

- lorsque le traité institue un organe de surveillance de son application, il est maintenant acquis que cet organe peut, également se prononcer sur leur validité ;

- mais ceci laisse subsister la possibilité pour les Etats parties de recourir, le cas échéant, aux modes habituels de règlement pacifique des différends, y compris juridictionnels ou arbitraux, s'ils s'élèvent une contestation entre eux relativement à la licéité d'une réserve (692) ;

- en outre, il n'est pas exclu que les tribunaux nationaux eux-mêmes, à l'image des juridictions suisses (693), s'estiment en droit d'apprécier également la validité d'une réserve au regard du droit international.

250. Il est clair que la multiplicité des possibilités de contrôle ne va pas sans quelques inconvénients, dont le moindre n'est pas le risque de contradictions entre les positions que les uns et les autres pourraient prendre sur la même réserve (ou sur deux réserves identiques d'Etats différents) (694). Mais, à vrai dire, ce risque est inhérent à tout système de contrôle - dans le temps, un même organe peut prendre des décisions contradictoires, et mieux vaut peut-être trop de contrôle que pas de contrôle du tout.

(691) Les §§249 à 253 sont directement inspirés du Deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/477/Add.1, §§211-215. Pour une position très nette en faveur de la complémentarité des systèmes de contrôle, voy. L. BRUNZARD, *op. cit. supra* note 11, pp. 97-98, voy. aussi G. CORNUS-JOYARTAN, *op. cit. supra* note 603, p. 944.

(692) Ceci toutefois sous réserve de l'existence de régimes se suffisant à eux-mêmes, au nombre desquels ceux institués par les Conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme ou la Charte africaine doivent certainement être comptés (cf. B. SIMA, «Self-Contained Regimes», *N.Y.U.J.L.*, 1985, pp. 130 et suiv., ou Th. MASON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 230 et suiv.).

(693) Voy. *supra*, note 689.

(694) Voy. not. P. H. IMBERT, qui relève les risques d'incompatibilité internes au système de la Convention européenne, notamment entre les positions de la Cour et du Comité des Ministres (Les réserves à la Convention européenne des Droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg...), *op. cit. supra* note 262, pp. 617-619 (J.C.L.Q., 1984, pp. 590-591).

251. Plus sérieuse est la menace que constitue la succession des contrôles dans le temps en l'absence de toute limitation de la durée de la période durant laquelle ils peuvent prendre place. Le problème ne se pose pas en ce qui concerne le « régime de Vienne » puisque l'article 20, paragraphe 5, de la Convention limite à douze mois suivant la date de la réception de la notification de la réserve (ou de l'expression du consentement à être lié de l'Etat objectant (695)), la période durant laquelle un Etat peut formuler une objection. Il surgit en revanche avec acuité dans tous les cas de contrôle juridictionnel ou quasi-juridictionnel qui, par hypothèse, est aléatoire et dépend de la saisine de l'organe de règlement ou de surveillance. Pour y parer, il a été proposé de limiter également à douze mois le droit pour les organes de contrôle de se prononcer (696). Outre qu'aucun des textes pertinents actuellement en vigueur ne prévoit une telle limitation, elle ne paraît guère compatible avec le fondement même de l'intervention des organes de contrôle qui vise à assurer le respect de principes généraux du droit international (la préservation du but et de l'objet du traité). Au surplus, comme on l'a fait remarquer, l'une des raisons pour lesquelles les Etats émettent peu d'objections tient précisément à ce que la règle des douze mois les prend souvent de court (697) ; le même problème risque de se poser *a fortiori* aux organes de contrôle et celui-ci de s'en trouver paralysé.

252. On peut d'ailleurs considérer que les possibilités de contrôles croisés renforcent au contraire les chances du régime de réserves et, en particulier du principe de la compatibilité avec l'objet et le but du traité, de jouer son véritable rôle. Le problème n'est pas de les opposer ou d'affirmer le monopole d'un mécanisme (698), mais de les combiner de manière à renforcer leur efficacité globale

(695) A noter toutefois que le problème se pose néanmoins du fait de l'étalement dans le temps des ratifications et des adhésions ; voy. *infra* le commentaire de l'article 20, §39.

(696) Voy. P. H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, p. 146, note 2a, ou note 204, pp. 113-114 et 130-131 (H.K.R., 1981, pp. 36 et 44), *contra* : H. GILSON, rapport cité *supra* note 260, §7 ou R. W. FHRVARS, Jr. *op. cit. supra* note 304, pp. 387-388.

(697) Cf. B. CLARK, *op. cit. supra* note 11, pp. 312-314.

(698) Alors que telle est leur tendance naturelle (cf. l'opposition de points de vue entre le Comité des droits de l'homme (cette tâche n'est pas du ressort des Etats parties s'agissant d'instruments relatifs aux droits de l'homme - Observation générale n° 24, §18, voy. *supra*, §102 et note 688) et la France (c'est aux Etats parties et à eux seuls, à moins que le traité n'en dispose autrement, de se prononcer sur une incompatibilité entre une réserve et l'objet et le but du traité - commentaires *supra* note 222, §71).

puisqu'aussi bien si leurs modalités sont différentes, leur finalité est la même : il s'agit dans tous les cas de concilier les deux exigences contradictoires mais fondamentales de l'intégrité du traité et de l'universalité de la participation (699). Il est normal que les Etats, qui ont voulu le traité, puissent faire valoir leur point de vue; il est naturel que les organes de contrôle jouent pleinement le rôle de gar- diens des traités que les Parties leur ont confié.

253. Cette situation n'exclut pas mais, au contraire, implique une certaine complémentarité entre les différents modes de contrôle et une coopération entre les organes qui en sont chargés. Il est, en particulier, indispensable que, lorsqu'ils apprécient la validité d'une réserve, les organes de surveillance (ainsi que les organes de règlement des différends) tiennent pleinement compte des positions prises par les Parties contractantes par le biais des acceptations ou des objections. Inversement, les Etats, qui sont tenus de se conformer aux décisions prises par les organes de surveillance lorsqu'ils les ont dotés d'un pouvoir décisionnel, devraient prendre au sérieux les positions réfléchies et motivées de ces organes, même si ceux-ci ne peuvent prendre de décisions juridiquement obligatoires (700).

b) *Les conséquences de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité*

254. Pas davantage qu'il ne tire les conséquences de la formulation d'une réserve interdite, expressément (alinéa a) ou implicite-

(699) *Voy. supra*, §§70-79.

(700) *Voy. cependant* la réaction extrêmement vive à l'Observation générale n° 24 que traduit le « Bill » présenté au Sénat des Etats-Unis par le Sénateur Helms le 9 juin 1995 et aux termes duquel « no funds authorized to be appropriated for the conduct of any activity which has the purpose or effect of (A) reporting to the Human Rights Committee in accordance with Article 40 of the International Covenant on Civil and Political Rights, or (B) responding to any effort by the Human Rights Committee to use the procedures of Articles 41 and 42 of the International Covenant on Civil and Political Rights by other parties to the Covenant that the United States is not fulfilling its obligations under the Covenant until the President has submitted to the Congress the certification described in paragraph (2) ».

(2) CERTIFICATION - The certification referred to in paragraph (1) is a certification by the President to the Congress that the Human Rights Committee established under the International Covenant on Civil and Political Rights has (A) revoked its General Comment n° 24 adopted on November 2, 1994; and (B) expressly recognized the validity as a matter of international law of the reservations, understandings, and declarations contained in the United States instrument of ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights. (A Bill to authorize appropriations for the Department of State for fiscal years 1996 through 1999, 104th Congress, 1st Session, S 908, Report n° 104-95, pp. 87-88).

ment (b), par le traité sur lequel elle porte, l'article 19 n'évoque les effets de la formulation d'une réserve prohibée par l'alinéa c) (701) et rien, dans le texte de la Convention de Vienne, n'indique comment s'articulent ces dispositions avec celles de l'article 20 relatif à l'acceptation des réserves et aux objections. Il y a là un « vide normatif » (*normative gap* (702)), dont on a pu se demander s'il n'avait pas été délibérément voulu par les auteurs de la Convention (703).

255. Force est en tout cas de reconnaître que les travaux préparatoires de l'alinéa c) sont confus et ne donnent pas davantage d'indications claires sur les conséquences que les rédacteurs de la Convention entendaient tirer de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but de la Convention (704) :

- dans le projet d'article 17 proposé par Waldock en 1962, l'objet et le but du traité n'apparaissent que comme une directive devant guider l'Etat réservataire lui-même (705) ;

- les débats sur ce projet ont été particulièrement confus durant les séances plénières de la C.D.I. (706) et ont fait apparaître surtout un clivage entre les membres partisans d'une appréciation individuelle par les Etats et ceux qui se prononçaient en faveur d'un mécanisme collégial (707) sans que les conséquences de cette appréciation fussent réellement discutées ;

- toutefois, après le remaniement du projet par le Comité de rédaction dans un sens très proche de la rédaction de l'actuel article 19, le sentiment dominant semble avoir été que l'objet et le but constituaient un critère à l'aune duquel la validité de la réserve devait être appréciée (708) ; ceci est attesté par la nouvelle modification

(701) Cf. D.W. Greig, *op. cit. supra* note 256, p. 83.

(702) F. Hony, *op. cit. supra* note 8, p. 131; voy. aussi J. Comkarcak, « Logique de la validité... », *préc. note* 293, p. 199.

(703) Voy. P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, *op. cit. supra* note 3, pp. 137-140.

(704) Il conviendrait de rappeler que l'inclusion du critère dans le projet fut tardive puisqu'elle ne remonte qu'au premier rapport de Waldock en 1962 - voy. *supra*, §§44 et suiv.

(705) Article 17, paragraphe 2 4^e, voy. *supra*, §§46 et 179; voy. aussi l'intervention du Rapporteur spécial lors de la 581^{re} séance, 25 mai 1962 (A.C.D.I., 1962, vol. 1, p. 163, §55).

(706) Voy. A.C.D.I., 1962, vol. 1, pp. 135-187 et 192-195.

(707) Voy. *supra*, §242.

(708) Voy. surtout A.C.D.I. 1962, vol. 1, pp. 250-259 au cours de la discussion du nouvel article 18bis intitulé « Validité des réserves » tous les membres se sont référés au critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité qui n'était pourtant pas mentionné dans le projet adopté par le Comité de rédaction; plus généralement, voy. *supra*, §§47-54.

de l'article 18bis, qui s'est traduite d'une part par l'inclusion du critère de l'incompatibilité et, d'autre part et surtout, par la modification du titre de cette disposition devenu « Effet des réserves » en lieu et place de « Validité des réserves » (709), ce qui tend à montrer que leur validité est l'objet du projet d'article 17 (devenu l'article 19 de la Convention):

— la rédaction, adroite, du commentaire des projets d'articles 18 et 20 (correspondant respectivement aux articles 19 et 21 de la Convention) adoptés en 1962 laisse la question ouverte : il y est affirmé à la fois que la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité constitue le critère régissant la formulation des réserves et que, puisque ce critère « est, dans une certaine mesure, matière à appréciation subjective [...] la seule façon dont il puisse être appliqué dans la plupart des cas, c'est par les Etats eux-mêmes pris individuellement, agissant par voie d'acceptation ou de rejet de la réserve », mais ceci seulement « en l'absence d'un tribunal ou d'un organe normalement compétent » (710);

— dans son rapport de 1965, le Rapporteur spécial a fait également observer, à propos du projet d'article 19 relatif aux traités qui gardent le silence sur la question des réserves (qui deviendra l'article 20 de la Convention), que la « Commission a reconnu que le critère de la 'compatibilité' est assez subjectif et qu'il peut y avoir des divergences de vue quand à la compatibilité d'une réserve donnée avec l'objet et le but d'un traité donné. Mais elle a estimé qu'à défaut de juridiction obligatoire, le seul moyen d'appliquer le critère était de s'en remettre à l'acceptation ou au rejet de la réserve par chaque Etat; il a également reconnu que « les règles proposées par la Commission seraient plus acceptables si leur interprétation et leur application pouvaient être soumises à une décision judiciaire internationale » (711);

— les commentaires de la Commission sur les projets d'articles 16 et 17 (devenus 19 et 20 respectivement) ne sont cependant plus aussi clairs et se limitent à indiquer que « l'admissibilité ou la non-admissibilité d'une réserve relevant du paragraphe c dépend largement, dans tous les cas, de la mesure dans laquelle les autres

Etats contractants la jugent acceptable » et que, pour cette raison, il faut comprendre le projet d'article 16, paragraphe c, en « ayant présent à l'esprit les dispositions de l'article 17 relatif à l'acceptation des réserves et aux objections faites aux réserves » (712);

— lors de la Conférence de Vienne, certaines délégations ont essayé de donner davantage de contenu au critère de l'objet et du but du traité; ainsi, la délégation mexicaine a proposé de préciser expressément les conséquences d'une décision judiciaire reconnaissant l'incompatibilité d'une réserve avec le but et l'objet du traité (713); mais ce sont surtout les défenseurs d'un système d'appréciation collégiale qui ont essayé de tirer des conséquences concrètes de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité (714).

256. Au demeurant, comme cela est indiqué ci-dessus (715), rien, ni dans le texte de l'article 19, ni dans les travaux préparatoires, ne donne à penser qu'il y ait lieu de faire de distinction entre les unes et les autres : *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Dans les trois cas, comme ceci résulte du texte clair du chapitre de l'article 19, un Etat est empêché de formuler une réserve et, dès lors que l'on admet qu'une réserve interdite par le traité est nulle de plein droit en vertu des alinéas a) et b) de l'article 19(716), il n'y a pas de raison de tirer des conclusions différentes de l'alinéa c). Trois objections, d'importance inégale, ont cependant été avancées à l'encontre de cette conclusion.

257. En premier lieu, on a fait remarquer qu'alors que les dépôts rejetent les réserves interdites par le traité, ils communiquent aux autres Etats contractants le texte de celles qui sont, *prima facie*, incompatibles avec son objet et son but (717). Telle est effectivement la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies (718) mais la portée de celle-ci doit être relativisée. En effet, « c'est seulement lorsqu'il ne fait aucun doute que la déclara-

(712) *A.C.D.I.*, 1966, vol. 11, p. 225, §17.

(713) *Ibid.*, 21^{ème} séance, p. 123, §63. Le Mexique proposait deux solutions : la première consistait à obliger l'Etat auteur de la réserve incompatible à la retirer et, à défaut, à le priver du droit de devenir partie au traité; la deuxième consistait à considérer le traité dans son intégralité comme n'étant pas en vigueur entre l'Etat réservataire et l'Etat ayant formulé une objection (714) Voyez notamment les interventions des différentes délégations préc. notes 666 et 668 (715) Par. 170

(716) Voy. *supra*, §171

(717) Cf. G. GAJA *op. cit. supra* note 205, p. 317.

(718) Voy. le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que depositaire de traités multilatéraux*, ST/LBG/8, Nations Unies, New York, 1967, p. 57, §§191 et 192.

ration accompagnant l'instrument constitue une réserve non autorisée que le Secrétaire général refuse le dépôt. [...] *En cas de doute*, le Secrétaire général demande à l'Etat intéressé de préciser sa position. [...] Le Secrétaire général est toutefois d'avis qu'il ne lui appartient pas de demander ce genre d'éclaircissement sur une base systématique et que c'est plutôt aux Etats de formuler, s'ils le jugent bon, des objections aux déclarations qu'ils considèrent comme constituant des réserves non autorisées* (719). En d'autres termes, la différence relevée dans la pratique du Secrétaire général n'est pas fondée sur la distinction entre les hypothèses alinéas a) et b) d'une part et c) de l'article 19 d'autre part, mais sur le caractère certain de la contrariété de la réserve avec le traité: dès lors qu'une interprétation est nécessaire, le Secrétaire général s'en remet aux Etats; tel est toujours le cas s'agissant de l'incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité; ce peut l'être aussi s'agissant des réserves interdites expressément ou implicitement. Du reste, dans le projet de directive 2.1.8 du Guide de la pratique, la C.D.I., faisant œuvre de développement progressif, a estimé que «[l]orsqu'une réserve est manifestement [illicite] (720) de l'avis du depositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette [illicéité]* (721): à cette fin, «[l]a Commission a estimé qu'il n'était pas justifié d'opérer une distinction entre les différents chefs d'illicéité* énumérés par l'article 19* (722).

258. En deuxième lieu, on a fait remarquer dans le même esprit que dans l'hypothèse des alinéas a) et b), l'Etat réservataire ne pouvait ignorer l'interdiction et que, dès lors, il devait être réputé avoir accepté le traité dans son ensemble, nonobstant sa réserve (doctrine de la «divisibilité») (723). Il n'est pas douteux que l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité est moins aisée à apprécier objectivement qu'avec une clause d'interdiction. La remarque est certainement pertinente; elle n'est pas décisive: l'appréciation de la portée des clauses de réserve est moins évidente

qu'on le pense parfois, surtout lorsque l'interdiction est implicite comme dans l'hypothèse de l'alinéa b) (724); en outre, il peut être difficile de déterminer si une déclaration unilatérale est ou non une réserve et l'Etat l'ayant formulée peut avoir pensé de bonne foi n'avoir pas violé l'interdiction tout en estimant que l'acceptation de son interprétation du traité conditionne son consentement à être lié (725). Et, à vrai dire, si un Etat n'est pas censé ignorer l'interdiction résultant d'une clause de réserve, il doit tout autant être conscient qu'il ne peut, vider un traité de sa substance par le biais d'une réserve incompatible avec son objet et son but.

259. En troisième lieu et surtout, on a fait valoir que les paragraphes 4 et 5 de l'article 20 énoncent une seule limitation à la possibilité d'accepter une réserve: la présence d'une disposition contraire dans le traité (726); *a contrario*, il en résulterait une liberté totale d'acceptation des réserves nonobstant les dispositions de l'article 19 c) (727). S'il est exact qu'en pratique les Etats objectent peu à des réserves pourtant très probablement contraires à l'objet et au but du traité sur lequel elles portent (728) et que ceci revient en fait à priver d'effet concret la règle posée à l'article 19 c) (729) du moins en l'absence d'un organe ayant compétence pour prendre des décisions à cet égard (730), de nombreux arguments, fondés sur le texte même de la Convention, s'opposent cependant à ce raisonnement (731):

— les articles 19 et 20 de la Convention ont des fonctions distinctes; les règles qu'ils posent interviennent à des «moments» différents de l'établissement d'une réserve: l'article 19 énonce les cas dans lesquels une réserve ne peut être formulée; l'article 20 indique ce qui se produit lorsqu'elle l'a été (732);

(724) Voy. *supra*, §§163-165.

(725) Sur la distinction entre réserves d'une part et déclarations interprétatives, simples ou conditionnelles, voy. les projets de directives 1.3 à 1.3.3 du Guide de la pratique de la C.D.I. et leurs commentaires (Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 51^{ème} session (A/34/10), A.C.D.I., 1996, vol. II, 6^{ème} partie, pp. 113-118).

(726) L'expression commune aux deux dispositions est: «... à moins que le traité n'en dispose autrement...».

(727) Voy. D.W. GREIG, *op. cit.*, *supra* note 256, pp. 83-84.

(728) Voy. *infra* le commentaire de l'article 20.
(729) Voy. not. D. CARRÉAU, *Droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 137. G. GAJA, *op. cit.* *supra* note 295, pp. 315-318. D.W. GREIG, *op. cit.*, *supra* note 256, pp. 86-90 ou P.-H. IMBERT, *supra* note 295, pp. 134-137.

Les réserves aux traités multilatéraux, *op. cit.*, *supra* note 3, pp. 134-137.
(730) Voy. M. COCCHI, *op. cit.*, *supra* note 11, p. 33 ou R. SZAFARZ, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 301.

(731) Voy. aussi *infra*, le commentaire de l'article 20.
(732) Voy. D. BOWETT, *op. cit.*, *supra* note 294, p. 80 ou C. RICHMOND, «Reservations to treaties and Human Rights Committee General Comment No 24(52)», *op. cit.*, *supra* note 205, pp. 404-406.

(719) *Ibid.*, pp. 57-58, §§194-196 — nous soulignons. La pratique suivie par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe est similaire, à cela près qu'en cas de difficulté, celui-ci peut consulter

(et consulte) le Comité des Ministres (voy. J. POLAKIEWICZ, *op. cit.*, *supra* note 184, pp. 90-93).

(720) Sur la signification de ces crochets, voy. *infra*, §264.

(721) Rapport de la C.D.I., 54^{ème} session (2002), A/57/10, p. 123.

(722) *Ibid.*, p. 126, §3 du commentaire du projet de directive 2.1.8 («Procédure en cas de réserves manifestement illicites»).

(723) Voy. A. FODEULA, *op. cit.*, *supra* note 308, pp. 143-147.

- l'interprétation proposée viderait l'alinéa c) de l'article 19 de tout effet utile : il en résulterait qu'une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité produirait très exactement le même effet qu'une réserve compatible;

- elle vide également de sens l'article 21, paragraphe 1, qui précise qu'une réserve n'est « établie » que « conformément aux articles 19, 20 et 21 » (733); et

- elle introduit une distinction entre la portée des alinéas a) et b) d'une part, et c) d'autre part, de l'article 19, ce que son texte n'autorise nullement (734).

260. Une fois admis que les trois alinéas de l'article 19 ont la même fonction et qu'un Etat ne peut formuler de réserve allant à l'encontre de leurs dispositions, la question se pose néanmoins de savoir ce qui se produit si, en dépit de ces interdictions, un Etat formule une réserve. Il est certain que, s'il le fait cependant, celle-ci ne peut produire les effets juridiques que l'article 21 subordonne clairement à son « établissement » « conformément aux articles 19 [dans son ensemble], 20 et 23 » (735). Mais ce n'est pas la fin de la question : d'une part, doit-on considérer qu'en procédant ainsi l'Etat réservataire commet un fait internationalement illicite qui engage sa responsabilité internationale ? d'autre part, les autres Etats sont-ils empêchés d'acquiescer à une réserve formulée en dépit des interdictions de l'article 19 ?

261. En ce qui concerne la première de ces deux questions, on a fait valoir qu'une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité (736) « amounts to a breach of [the] obligation » résultant de l'article 19 c). « Therefore, it is a wrongful act, entailing such State's responsibility vis-à-vis each other party to the treaty. It does not amount to a breach of the treaty itself, but rather of the general norm embodied in the Vienna Convention forbidding incompatible reservations » (737). Ce raisonnement, expressément fondé sur les

(733) Voy. *supra*, § 149 et *infra* § 260.

(734) Voy. *supra*, §§ 170 et 236.

(735) Article 21 (« Effets juridiques des réserves et des objections aux réserves ») : « Une réserve établie à l'égard d'une partie conformément aux articles 19, 20 et 23... »

(736) Mais il devrait en aller ainsi à *fortiori* des réserves interdites par le traité

(737) M. COCCIA, *op. cit. supra* note 11, pp. 23-26.

règles du droit de la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (738) ne saurait emporter la conviction (739).

262. Il n'est pas douteux qu'

« Il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci » (740),

et que la violation d'une obligation de ne pas faire (ici, ne pas formuler une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité) constitue un fait internationalement illicite susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'Etat au même titre qu'une obligation de faire. Encore faut-il que la question se pose dans le domaine du droit de la responsabilité. Or, comme l'a rappelé avec force la C.I.J. dans l'affaire relative au *Projet Gabéikovo-Nagymaros*, cette branche du droit et le droit des traités ont « à l'évidence des champs d'application distincts » ; de même que « [c] est au regard du droit des traités qu'il convient de déterminer si une convention est ou non en vigueur, et si elle a, ou non été régulièrement suspendue ou dénoncée » (741), c'est à cette même branche du droit qu'il appartient de déterminer si une réserve peut ou non être formulée. Il s'en déduit, au minimum, que la responsabilité éventuelle d'un Etat réservataire ne peut être déterminée au regard des règles de Vienne et qu'elle ne présente pas de pertinence aux fins du « droit des réserves ». Au surplus, même si le dommage ne constitue pas une condition nécessaire à l'engagement de la responsabilité de l'Etat (742), il conditionne la mise en œuvre de celle-ci et, en particulier, la réparation (743), si bien que,

(738) Cf. les articles 1^{er} et 2 du projet d'articles de la C.D.I. annexé à la résolution 53/86 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

(739) Voy. G. GAJA, *op. cit.* note 295, p. 314, note 29.

(740) Projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, article 12.

(741) Arrêt préc. du 25 septembre 1997, préc. note 500, p. 38, § 47; voy. aussi la sentence arbitrale du 30 avril 1990 dans l'affaire du *Rambouillet*, R.G.D.I.P., 1990, p. 851, § 75. Sur les rapports entre les deux branches du droit, voy. not. D. BOWETT, « Treaties and State Responsibility », *Mélanges Trolley* préc. note 295, pp. 137-145; J. COVBAČEV, « Logique de la validité... », préc. note 295, pp. 185-203; P.-M. DUPUY, « Droit des traités, codification et responsabilité internationale », A.F.D.I., 1997, pp. 7-30; Ph. WICKERI, « Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité », *Le droit international dans un monde en mutation* - *Liberalismum Jimenez de Arechaga*, Montevideo, F.C.U., 1994, pp. 523-543; A. YARI, « La violation d'un traité. L'articulation du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale », R.B.D.I., 1993, pp. 437-469.

(742) Voy. en ce sens l'article 1^{er} du projet d'articles de la C.D.I., préc. note 738.

(743) Cf. les articles 31 et 34 du projet de la C.D.I.

pour qu'une réserve non-valide puisse produire des conséquences sur le plan du droit de la responsabilité, il faudrait que l'Etat qui s'en prévaudrait puisse invoquer un préjudice — hypothèse fort improbable.

263. Mais il y a plus. Il est en effet révélateur que jamais un Etat n'ait, à l'occasion de la formulation d'une objection à une réserve interdite, invoqué la responsabilité de l'Etat réservataire : les conséquences découlant de la constatation de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité peuvent être diverses (744). Elles ne sont jamais une obligation de réparer et, si un Etat objectait invitait l'Etat réservataire à retirer sa réserve ou à la modifier dans le cadre du « dialogue réservataire » (745), il ne se placerait pas sur le terrain du droit de la responsabilité mais sur celui du droit des traités et de lui seul.

264. Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle la C.D.I. qui, dans un premier temps, avait retenu le terme « illicite » comme équivalent du mot anglais *permissible* pour qualifier des réserves formulées en dépit des dispositions de l'article 19 (746), a décidé, en 2002, de réserver sa position sur ce point dans l'attente de l'examen des effets de telles réserves :

« certains membres ont fait valoir que le terme [illicite] n'était pas approprié dans cette hypothèse : en droit international, un fait internationalement illicite entraîne la responsabilité de son auteur, ce qui n'est manifestement pas le cas de la formulation de réserves contraires aux dispositions du traité sur lequel elles portent ou incompatibles avec son objet ou son but » (747).

265. A vrai dire, il ne paraît pas douteux que la formulation d'une réserve exclue par l'un quelconque des alinéas de l'article 19 relève du droit des traités et non de celui de la responsabilité de

l'Etat pour fait internationalement illicite et n'engage pas la responsabilité de l'Etat réservataire (748).

266. La question ne s'en pose pas moins de savoir si les autres Parties peuvent, collectivement ou unilatéralement, accepter une réserve qui ne remplit pas les conditions posées à l'un quelconque des alinéas de l'article 19. Il s'agit là du problème central qui oppose les tenants de l'école de l'impossibilité à ceux qui se prononcent pour la thèse de la permissibilité (749).

267. La plupart des auteurs, qu'ils appartiennent à l'une ou à l'autre de ces deux écoles, estiment cependant qu'une réserve formulée en dépit d'une interdiction conventionnelle est nulle de plein droit (750) et ceux qui se réclament de la « permissibilité » considèrent que sa formulation entraîne l'invalidité de l'expression du consentement à être lié (751). Si tel est le cas, ces conclusions devraient influencer sur la réponse à la question de savoir quels sont les effets d'une réserve formulée malgré les dispositions de l'article 19.c) (752).

268. Il ne fait aucun doute que l'acceptation unilatérale d'une réserve formulée en dépit des alinéas a) et b) l'article 19 est exclue. Ceci a été très clairement confirmé durant la Conférence de Vienne, par Sir Humphrey Waldock, expert-conseil, sans susciter d'objection, à propos des réserves interdites (753). Or, comme cela est indiqué ci-dessus (754), il n'existe aucune raison de ne pas étendre cette

(748) Ni, à plus forte raison, celle des Etats qui acceptent implicitement une réserve interdite ou incompatible avec l'objet et le but du traité (voy. cependant L. LUSTZAD, *op. cit. supra* note 11, p. 56 : « The responsibility for incompatible reservations is fairly shared by reserving and accepting States » — mais il semble résulter du contexte que l'auteur ne considère ni la réserve incompatible, ni son acceptation comme des faits internationalement illicites).

(749) Voy. *supra*, §§111-113.

(750) Voy. par ex. D. BOWETT, *op. cit. supra* note 294, p. 84 ou G. GALA, *op. cit.* note 295, pp. 318-320; voy. aussi *supra*, §171.

(751) D. BOWETT, *ibid.*, voy. les critiques adressées à ces positions par D. W. GAIRIC, *op. cit. supra* note 296, pp. 56-57. Voy. aussi Ch. TOMUSCHAT, « Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties... » *op. cit. supra* note 48, p. 467; voy. les références aux débats de la C.D.I., *ibid.*, note 12; ces débats sont moins conduits en ce sens que ne le laisse entendre l'auteur.

(752) Voy. *infra*, §171.

(753) Doc. off. C.R.A., préc. note 182, Commission plénière, 29^{ème} séance, 16 avril 1968, p. 144. Cette interprétation a été présentée en séance plénière comme « exacte » par le représentant du Canada qui y a subordonné son acceptation de l'article 16 sans être contredit (Doc. off. C.R.A., préc. note 182, 10^{ème} séance plénière, 29 avril 1969, pp. 31-32, §32). Voy. aussi *supra*, §§189-189. D. BOWETT, *op. cit. supra* note 294, pp. 82-83 et Ch. TOMUSCHAT qui relève que durant les débats de la C.D.I., les membres de celle-ci ont été unanimes sur ce point, « Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties... », *op. cit. supra* note 48, p. 467.

(754) Par 171 et 256.

(744) Voy. *infra* les commentaires des articles 20 et 21.

(745) Sur cette notion, voy. *infra*, le commentaire de l'article 20, §§30-32.

(746) La question s'est posée dès les tout premiers temps de la reprise des travaux de la C.D.I. sur les réserves : dans le schéma préliminaire qu'il avait établi en 1993, le futur Rapporteur spécial sur le sujet avait utilisé l'expression « validité des réserves » que la Commission avait reprise (voy. A/CN.4.434, p. 36 et le Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 45^{ème} session (A/48/10), A.C.D.I., 1993, vol. II, 2^{ème} partie, p. 100, §428), cette expression avait été critiquée par M. BOWETT (qui faisait valoir qu'il en résultait une confusion entre la licéité d'une réserve et son opposabilité) et par le gouvernement britannique (qui estimait qu'une réserve illicite n'en étant pas moins une réserve) (voy. le premier rapport sur les réserves, A/CN.4/470, §§97 et 98).

(747) Commentaire du projet de directive 2.1.8 (Procédure en cas des réserves manifestement illicites) rapport de la C.D.I., 54^{ème} session (2002), A/57/10, p. 126, §7.

solution de bon sens aux réserves tombant sous le coup de l'alinéa c). En réalité, l'absence de validité des réserves formulées contrairement à l'un quelconque des trois alinéas de l'article 19 trouve son fondement dans les mêmes considérations fondamentales : un Etat ne peut souffrir à la fois le chaud et le froid, il ne peut, sans manquer au principe de la bonne foi, ni former une réserve interdite, ni vider le traité de sa substance en formulant une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité et les autres Parties ne peuvent pas davantage l'accepter unilatéralement (755). En effet, il en résulterait une modification du traité dans les relations entre l'auteur de la réserve et celui de l'acceptation qui ne serait pas compatible avec l'article 41.b) ii) de la Convention de Vienne qui exclut toute modification de ce type précisément si elle porte « sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble » (756).

269. Mais ceci ne signifie pas forcément que les Parties soient empêchées de s'accorder pour accepter une réserve en dépit de l'interdiction prévue dans le traité. Le projet d'article 17.1.b) proposé par Waldock en 1962 envisageait le « cas exceptionnel où un Etat chercherait à formuler une réserve que les clauses du traité interdiraient ou excluraient » (757) : il prévoyait que, dans cette hypothèse, « le consentement préalable de tous les autres Etats intéressés » est requis (758). Cette disposition n'a pas été reprise dans les projets d'articles de la C.D.I. de 1962 (759) et de 1966 et ne figure pas dans la Convention (760).

(755) Voy. I. LUKAZAD, *op. cit. supra* note 11, pp. 55-59.

(756) En ce sens, voy. D.W. GRAIG, *op. cit. supra* note 256, p. 57 ou L. СТОУАНГРА-ВЕННАН, *op. cit. supra* note 290, pp. 78-79; voy. cependant *contra* les remarques de JIMKÉZ DE АНЕСНАГА et АМАНО lors des débats sur les propositions de WALDOCK de 1962 (A.C.D.I., 1962, vol. I, 633^{ème} séance, 29 mai 1962, p. 177, §§44-45, et p. 179, §63).

(757) Premier rapport, A/CN.4/144, préc. note 116, p. 74, §9).

(758) Voy. *ibid.*, p. 89 pour le texte du projet.

(759) Elle s'est heurtée à l'opposition de ТОУКРИНЕ (A.C.D.I., 1962, vol. I 651^{ème} séance, 25 mai 1962, p. 157, §19) et de САРЕН (ibid., p. 161, §68 et 652^{ème} séance, 28 mai 1962, p. 166, §30) qui l'estimaient superflue et elle a disparu du projet simplifié retenu par le Comité de rédaction (ibid., 663^{ème} séance, 18 juin 1962, p. 245, §3).

(760) Cette solution a été cependant retenue par l'Accord européen relatif au travail des équipages des véhicules effectuant des transports internationaux par route (AETR) du 1^{er} juillet 1970, dont l'article 21, §2, dispose : « Si, lors du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, un Etat formule une réserve autre que celle prévue au paragraphe 1 du présent article, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies communiquera cette réserve aux Etats qui ont déjà déposé leur instrument de ratification ou d'adhésion et n'ont pas ultérieurement

270. Ce silence ne résout pas le problème. On peut en effet soutenir qu'il est toujours loisible aux Parties d'amender le traité par un accord *inter se* conformément à l'article 39 de la Convention de Vienne et que rien ne les empêche d'adopter un accord unanime (761) à cette fin en matière de réserves (762). Cette éventualité, conforme au principe consensuel qui imprègne tout le droit des traités (763), n'en pose pas moins de très difficiles problèmes. Et d'abord celui de savoir si l'absence d'objection de toutes les Parties dans le délai d'un an équivaut à un accord unanime constituant un amendement à la clause de réserve. Une réponse positive semble, à première vue, découler de l'article 20, paragraphe 5, de la Convention.

271. Mais, à y bien réfléchir, ceci ne va pas de soi : le silence de l'Etat partie n'implique pas que celui-ci prend position quant à la validité de la réserve; il signifie, tout au plus, que la réserve lui est opposable (764) et qu'il s'interdit d'y objecter à l'avenir (765). La preuve en est que l'on ne saurait soutenir que les organes de contrôle, qu'il s'agisse de la C.I.J., d'un tribunal arbitral ou d'un organe de surveillance d'un traité de droits de l'homme, sont empêchés d'apprécier la validité d'une réserve quand bien même il n'y a pas été fait d'objection (766). En l'absence de

ment dénoncé le présent Accord. La réserve sera réputée acceptée si, dans le délai de six mois à dater de cette communication, aucun de ces Etats ne s'est opposé à son admission. Dans le cas contraire, la réserve ne sera pas admise et, si l'Etat qui la formule ne la retire pas, le dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion de cet Etat sera sans effet... ». Sur la base de cette disposition et en l'absence d'objection des autres Etats parties à la Convention, les Etats membres de la Communauté économique européenne ont formulé une réserve, non autorisée par l'Accord, excluant l'application de l'accord à certaines opérations. Voy. les réserves des Etats qui, à l'époque, étaient membres de la Communauté, *Traité multilatéral déposé auprès du Secrétaire général*, préc. note 285, vol. I, pp. 840-841.

(761) Mais non un accord entre certaines Parties seulement; voy. *supra*, §268.

(762) En ce sens, voy. D.W. GRAIG, *op. cit. supra* note 256, pp. 56-57 ou L. СТОУАНГРА-ВЕННАН, *op. cit. supra* note 290, p. 78. Telle est également la position de D.W. ВОВЕРТ, qui considère cependant que cette possibilité ne relève pas du droit des réserves (op. cit. *supra* note 294, p. 84; voy. aussi С. РИДОУВЕН, « Universality or Integrity? », op. cit. *supra* note 89, p. 269).

(763) Voy. *supra*, §77. Au surplus, on ne saurait raisonnablement prétendre que les règles énoncées à l'article 19, et tout spécialement à l'alinéa c), constituent des normes impératives du droit international général auxquelles les Parties ne pourraient déroger par voie d'accord.

(764) En ce sens, M. СООСЛА, *op. cit. supra* note 11, p. 26; F. ХОРН, *op. cit. supra* note 8, pp. 121 et 131 ou K. ЗЕМАНЕК, *op. cit. supra* note 108, pp. 331-332; voy. aussi G. ГАЛА, *op. cit. supra* note 295, pp. 319-320. Comme le relève à juste titre L. ЛУКЗАД, il ne s'agit pas d'acceptation *stricto sensu*, [it] is the problem of inactive states whose laxity leads to the acceptance of reservations contrary to object and purpose (op. cit. *supra* note 11, p. 56).

(765) Et même ceci n'est pas évident; voy. sur ce point le commentaire de l'article 20, §§30 et suiv. (766) Voy. *ibid.* et *supra*, §§100-104; voy. aussi D.W. GRAIG, *op. cit. supra* note 256, pp. 57-58. D'ailleurs, durant les débats de la C.D.I. de 1962, Бартош avait fait valoir qu'il n'était guère possible qu'une réserve évidemment non valide puisse, par le simple jeu des délais imposés à la formulation des objections « échapper » par la suite à tout recours (A.C.D.I., 1962, vol. I, 645^{ème} séance, 30 mai 1962, pp. 182-183, §29).

pratique (767), il est difficile de se prononcer sur la conduite à tenir; peut-être faudrait-il s'inspirer de la solution retenue par la C.D.I. au sujet de la formulation tardive des réserves et admettre qu'une réserve interdite par le traité ou manifestement contraire à son objet et à son but ne peut être formulée «sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection» (768) après avoir été dûment consultées par le dépositaire (769).

272. Il apparaît en tout cas que, sauf à rester lettre morte, l'article 19 de la Convention doit être interprété comme énonçant les critères de validité «intrinsèque» des réserves. Il reste que pour déterminer *in concreto* les effets de ces critères, il est indispensable de faire appel aux mécanismes d'appréciation de validité des réserves tels qu'ils peuvent être prévus par les clauses du traité (770) ou qu'ils résultent du droit commun des réserves figurant à l'article 20 de la Convention de Vienne.

ALAIN PELLET

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ
DE PARIS X-NANTERRE,
MEMBRE ET ANCIEN PRÉSIDENT DE LA C.D.I.,
RAPPORTEUR SPÉCIAL SUR LES RÉSERVES
AUX TRAITÉS

(767) Voy. cependant la «réserve de neutralité» de la Suisse au Pacte de la S.d.N. qui a été acceptée malgré l'interdiction des réserves au Pacte de la Société (voy. *supra*, note 396).

(768) Cf. les projets de directives 2.3.1, 2.3.2 et 2.3.3 du Guide de la pratique et leur commentaire *in* Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa 53^{ème} session (2001) (A/56/10), pp. 513-531. Cette solution revient à réintroduire «par la petite porte» le système de l'unanimité, que certaines clauses de réserves retiennent d'ailleurs expressément (voy. les exemples donnés par W.W. BISHOP, Jr., *op. cit. supra* note 8, p. 324).

(769) Voy. le projet de directive 2.1.8 («Procédure en cas de réserves manifestement [illicites]») du Guide de la pratique, adoptée par la C.D.I. en 2002 (pour le texte et le commentaire de ce projet, voy. le rapport de la Commission sur sa 54^{ème} session (2002), A/57/10, pp. 124-126). Sur l'ensemble de cette problématique, voy. R. RIQUELME CORTADO, *op. cit. supra* note 199, pp. 223-230.

(770) Voy. *supra*, §241.

CENTRE DE DROIT INTERNATIONAL – UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

LES CONVENTIONS DE VIENNE SUR LE DROIT DES TRAITÉS

Commentaire article par article

Sous la direction de

OLIVIER CORTEN ET PIERRE KLEIN

Secrétaire de rédaction

MAXIME DIDAT

Préface de

SIR IAN SINCLAIR

I

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 6

Le Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit international (Centre Henri Rolin), fondé en 1964, est l'un des centres de recherche de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles. Aux termes de l'article premier de ses statuts, le Centre se consacre à la recherche scientifique en droit international public, en accordant une attention particulière à la pratique des sujets de l'ordre juridique international.

Ses membres poursuivent des activités de recherche fondamentale de façon individuelle et collective, ainsi que de recherche appliquée, y compris dans le cadre d'expertises ou de consultations dans divers secteurs du droit international. Les membres du Centre exercent également de nombreuses tâches d'encadrement et d'enseignement dans le cadre du DES en droit international à la Faculté de droit.

Le Centre dispose d'importantes ressources documentaires dans différents domaines du droit international, et gère un répertoire des traités conclus par la Belgique, ainsi que de la jurisprudence belge relative au droit international. Il assure également le secrétariat de la *Revue belge de droit international* et, en collaboration avec le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), la publication d'un *Recueil* annuel couvrant l'intégralité de la jurisprudence de cette juridiction. Cette publication est, depuis 2003, la publication officielle du Tribunal. Le C.D.I. a pareillement assuré le secrétariat du *Dictionnaire de droit international* dont les travaux de réalisation se sont poursuivis de 1993 à 2001, sous la direction de Jean Salmon.

Centre de droit international et de sociologie
appliquée au droit international,

CP 137, Faculté de droit,

Université Libre de Bruxelles,

50, av. Roosevelt, 1050 Bruxelles

courriel : edl@ulb.ac.be

Site internet : <http://www.ulb.ac.be/droit/edl>

ISBN 2-8027-2182-8

D / 2006 / 0023 / 117

© 2006 Etablissements Emile Bruylant, S.A.
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles

Tous droits, même de reproduction d'extraits, de reproduction photomécanique ou de traduction réservés.

IMPRIMÉ EN BELGIQUE