



Assemblée générale

Distr. générale
7 août 2009

Original : français

Commission du droit international

Soixante et unième session

Genève, 4 mai-5 juin et 6 juillet-7 août 2009

Quatorzième rapport sur les réserves aux traités

Par Alain Pellet, Rapporteur spécial

Additif

Table des matières

	Paragraphes	Page
I. Introduction	1-66	
II. La procédure relative à la formulation des déclarations interprétatives (suite et fin)	67-79	A/CN.4/614
III. La validité des réserves et des déclarations interprétatives (suite et fin)	80-178	A/CN.4/614/Add.1
IV. Les effets des réserves et des déclarations interprétatives	179-	3
A. Les effets des réserves, des acceptations et des objections	183-290	4
1. Les règles des Conventions de Vienne	183-196	4
2. Les réserves valides	197-	9
a) Les réserves établies	198-	10
i) L'« établissement » d'une réserve	199-236	10
a. La règle générale	199-206	10
b. Les situations particulières	207-236	13
i. Les réserves expressément autorisées	208-222	13
ii. Les réserves aux traités « à participation restreinte »	223-233	18
iii. Les réserves à un acte constitutif d'une organisation internationale	234-236	21



ii) Les effets des réserves établies	237–	23
a. L'entrée en vigueur du traité et le statut de l'auteur de la réserve	239–252	24
b. L'effet d'une réserve établie sur le contenu des relations conventionnelles	253–	29

IV. Les effets des réserves et des déclarations interprétatives

179. La quatrième partie du Guide de la pratique est, comme cela était prévu dans le Schéma général de l'étude²⁹⁶, consacrée aux effets des réserves, des acceptations et des objections, auxquels il convient d'ajouter également ceux des déclarations interprétatives et des réactions à celles-ci (approbation, opposition, requalification ou silence). Cette partie correspond à la logique du Guide de la pratique, qui s'efforce de présenter, aussi systématiquement que possible, l'ensemble des problèmes juridiques liés aux réserves et aux déclarations unilatérales connexes, ainsi qu'aux déclarations interprétatives : après avoir identifié le phénomène (ce qui correspond à la première partie du Guide), établi les règles applicables à l'appréciation de la validité formelle (deuxième partie du Guide) et substantielle (troisième partie du Guide) de ces diverses déclarations, il s'agit, dans cette quatrième partie de déterminer les effets juridiques de la réserve ou de la déclaration interprétative²⁹⁷.

180. Bien qu'il ait été initialement prévu d'examiner dans le cadre de la quatrième partie les questions relatives à « L'interdiction de certaines réserves »²⁹⁸, il n'apparaît pas opportun d'intégrer ce point du Schéma provisoire dans l'examen de la quatrième partie. En effet, ces questions ont été traitées au titre de la validité substantielle des réserves qui fait l'objet de la troisième partie du Guide. Il convient donc de concentrer l'étude à ce stade sur la question des effets des réserves, des acceptations et des objections, d'une part, et sur celle des effets des déclarations interprétatives et de leurs réactions, d'autre part.

181. À titre liminaire, il convient de rappeler un point crucial pour la compréhension des effets juridiques d'une réserve ou d'une déclaration interprétative. Il est aujourd'hui acquis par la Commission du droit international que la réserve, tout comme la déclaration interprétative, se définit par rapport aux effets juridiques que leurs auteurs visent à produire sur le traité. Ainsi, la directive 1.1 (Définition des réserves) prévoit :

L'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation²⁹⁹.

²⁹⁶ Voir deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/477 et Add.1, *Annuaire ... 1996*, vol. II, première partie, p. 50 à 51, par. 37.

²⁹⁷ La cinquième et dernière partie du Guide de la pratique sera consacrée à la succession d'États en matière de réserves.

²⁹⁸ Voir deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/477 et Add.1, *Annuaire ... 1996*, vol. II, première partie, p. 50 à 51, par. 37, point IV.A.

²⁹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10), p. 214.

Dans le même esprit, la directive 1.2 (Définition des déclarations interprétatives) dispose :

L'expression « déclaration interprétative » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions³⁰⁰.

182. Bien que les effets juridiques potentiels d'une réserve ou d'une déclaration interprétative constituent, par conséquent, un « élément substantiel »³⁰¹ de sa définition³⁰², il n'en résulte aucunement que toute réserve ou toute déclaration interprétative produise effectivement ces effets. La quatrième partie du Guide ne s'emploie pas à déterminer les effets que l'auteur d'une réserve ou l'auteur d'une déclaration interprétative vise à lui faire produire – ce qui a été fait dans la première partie relative à la définition et à l'identification des réserves et des déclarations interprétatives. La présente partie, au contraire, est consacrée à déterminer les effets juridiques que la réserve ou la déclaration interprétative, en relation, le cas échéant, avec les réactions des autres parties contractantes, produit effectivement. Les effets visés et les effets effectivement escomptés ne sont, en effet, pas nécessairement identiques et dépendent d'une part de la validité (formelle et substantielle) des réserves et des déclarations interprétatives et, d'autre part des réactions des autres États ou organisations internationales intéressés.

A. Les effets des réserves, des acceptations et des objections

1. Les règles des Conventions de Vienne

183. Malgré les dispositions que leur consacrent les Conventions de Vienne les effets d'une réserve, d'une acceptation ou d'une objection à cette réserve demeurent l'une des questions les plus controversées du droit des traités. L'article 21 des deux conventions porte exclusivement sur les « effets juridiques des réserves et des objections aux réserves ». L'élaboration de cette disposition a été, si on la compare avec celle des autres dispositions concernant les réserves, relativement aisée. Ni la Commission du droit international ni la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, tenue à Vienne en 1969, ne semblent avoir éprouvé de difficultés particulières à formuler les règles posées dans les deux premiers paragraphes de l'article 21, consacrés aux effets des réserves (tandis que le paragraphe 3 traite des effets des objections).

³⁰⁰ Ibid., cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10), p. 180.

³⁰¹ *Annuaire ... 1998*, vol. II, deuxième partie, p. 98, par. 500. Le Rapporteur spécial a en effet souligné qu'« il est très généralement admis que le propre d'une réserve est de viser à produire des effets juridiques » (troisième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/491/Add.3 et Corr.1, par. 147). F. Horn soutient que le fait que les réserves visent à produire certains effets juridiques déterminés constitue la « *differentia specifica* » de ce genre d'actes unilatéraux (voir A/CN.4/614/Add.1, note 200, T. M. C. Asser Instituut, La Haye, [1988], p. 41). Voir également les interventions de M. Ruda et de M. Rosenne qui ont souligné le lien étroit entre la définition de la réserve et les effets juridiques qu'elle est susceptible de produire (*Annuaire ... 1965*, vol. I, 799^e séance, 19 juin 1965, p. 184, par. 46, et 800^e séance, 11 juin 1965, p. 188, par. 8).

³⁰² Sur la définition des réserves en général, voir les directives 1.1 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10), p. 214 à 216) et 1.1.1 (ibid., cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10), p. 169 à 174).

184. Le premier Rapporteur spécial de la Commission du droit international sur le droit des traités, J. L. Brierly, proposait déjà, dans son projet d'article 10, paragraphe 1, de considérer qu'une réserve

limite ou modifie les effets [d'un] traité en ce qui concerne les relations [de l']État ou de [l']organisation [auteur de la réserve] avec l'une ou plusieurs parties présentes ou futures à ce traité³⁰³.

Fitzmaurice proposa pour la première fois une disposition autonome sur les effets juridiques d'une réserve, qui préfigurait dans une large mesure les deux premiers paragraphes de l'actuel article 21³⁰⁴. Il est intéressant de constater à cet égard que ces projets de dispositions semblent relever de l'évidence : Fitzmaurice ne consacre aucun commentaire à ce projet et se borne à remarquer qu'« il semble utile d'exposer ces conséquences, mais [qu']elles n'appellent pas d'explications »³⁰⁵.

185. D'emblée, Waldock propose une disposition concernant les effets d'une réserve jugée « recevable »³⁰⁶ et sa proposition n'a subi par la suite que des changements mineurs de rédaction³⁰⁷. Ni Sir Humphrey³⁰⁸ ni la Commission n'ont considéré nécessaire de commenter longuement cette règle, la Commission se bornant à affirmer que

[c]es règles, qui ne paraissent pas contestées, découlent directement du caractère consensuel des relations conventionnelles³⁰⁹.

La question n'a pas non plus suscité d'observations ou critiques de la part des États entre les deux lectures au sein de la Commission ou lors de la Conférence de Vienne.

186. L'élaboration de l'actuel paragraphe 3 de l'article 21 a posé davantage de problèmes. Cette disposition, logiquement absente des premières propositions de Sir Humphrey, a dû être réintégrée dans l'article concernant les effets d'une réserve et des objections lorsque la Commission a admis qu'un État qui formule une objection à une réserve pouvait néanmoins établir des relations conventionnelles avec l'auteur de la réserve³¹⁰. Une proposition américaine en ce sens convainquit Sir Humphrey

³⁰³ Voir [premier] rapport sur le droit des traités, A/CN.4/23, p. 49, par. 85 (pour la version anglaise, voir *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 238).

³⁰⁴ Voir rapport sur le droit des traités, A/CN.4/101, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 118.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 131, par. 101.

³⁰⁶ C'est le terme qui a été utilisé dans le projet d'article 18, par. 5, présenté dans le premier rapport de Sir Humphrey (A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 70).

³⁰⁷ L'article 18, par. 5, proposé par Sir Humphrey devint un article 18 *ter* entièrement consacré à l'effet juridique des réserves avec quelques changements de pure forme préparés par le Comité de rédaction (voir *Annuaire ... 1962*, vol. I, 664^e séance, 19 juin 1962, p. 259, par. 63). Par la suite, le projet subit d'autres modifications au sein du Comité de rédaction (*ibid.*, 667^e séance, 25 juin 1962, p. 279 et 280, par. 71). Il devint finalement l'article 21 adopté par la Commission en première lecture en 1962 (*ibid.*, vol. II, p. 200). Cette disposition a subi des changements purement rédactionnels rendus nécessaires par le remaniement des autres dispositions concernant les réserves, exception faite du changement de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 (sur ce point, voir par. 279 ci-dessous).

³⁰⁸ A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 78, par. 21.

³⁰⁹ Voir les commentaires de la Commission du droit international de 1962 [*Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 201 (commentaire de l'article 21)] et le commentaire au projet de l'article 19 adopté en deuxième lecture en 1965 (*Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227, par. 1).

³¹⁰ Voir V. D. Müller, « Article 21 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 888, par. 7 et 8.

de la nécessité logique d'une telle disposition³¹¹, mais son élaboration fut néanmoins laborieuse au sein de la Commission³¹². La Conférence n'y apporta qu'un changement relativement mineur afin de mettre le paragraphe 3 au diapason de l'inversion de la présomption de l'article 20, paragraphe 4 b)³¹³.

187. La reprise de l'article 21 lors de l'élaboration de la Convention de Vienne de 1986 ne posa pas de difficultés notables. Lors de la discussion très brève du projet d'article 21, deux membres de la Commission soulignèrent que cette disposition constitue la « suite logique » des projets d'article 19 et 20³¹⁴. Plus clairement encore, M. Calle y Calle a déclaré que

dès l'instant où l'on admet le principe des réserves, c'est manifestement afin qu'elles aient pour effet juridique de modifier les relations entre la partie qui formule la réserve et la partie à l'égard de laquelle la réserve est établie³¹⁵.

La Commission, puis, quelques années plus tard, la Conférence de Vienne ont alors adopté l'article 21 assorti des seuls changements rédactionnels rendus nécessaires par le champ d'application plus large de la Convention de 1986.

188. On peut penser que la large acceptation de l'article 21 lors de l'adoption du projet d'articles sur le droit des traités conclus entre États et organisations internationales et entre organisations internationales montre que cette disposition était, déjà à l'époque, acceptée comme l'expression de la coutume internationale en la matière. La sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental dans la mer d'Iroise* corrobore cette analyse. En effet, le Tribunal arbitral a reconnu

³¹¹ Quatrième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/177 et Add.1, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 50 et 58. Voir également les observations du Gouvernement danois (ibid., p. 48).

³¹² Bien que Sir Humphrey a considéré que le cas d'une réserve ayant fait l'objet d'une objection simple était « assez difficile à définir » (*Annuaire ... 1965*, vol. I, 813^e séance, 29 juin 1965, p. 294, par. 96), la majorité des membres [voir M. Ruda (ibid., par. 13); M. Ago (ibid., 814^e séance, 29 juin 1965, p. 295 et 296, par. 7 et 11); M. Tounkine (ibid., par. 8) et M. Briggs (ibid., p. 296, par. 14)] étaient convaincus qu'il était nécessaire, voire « indispensable » (M. Ago, ibid., p. 295, par. 7) d'introduire une disposition à ce sujet « afin d'éviter que des situations équivoques ne se produisent » (ibid., p. 296, par. 7). Les membres ont été cependant divisés sur le fondement même de l'effet prévu par le paragraphe proposé par les États-Unis et par le Rapporteur spécial : tandis que la proposition de Sir Humphrey mettait l'accent sur le fondement consensuel de la relation conventionnelle établie nonobstant l'objection, le paragraphe proposé par les États-Unis semblait suggérer que l'effet prévu ne découle que de l'acte unilatéral de l'État objectant, c'est-à-dire de l'objection, sans que l'État réservataire ait un véritable choix. Les deux thèses ont trouvé leurs partisans au sein de la Commission [voir les positions de MM. Yasseen (ibid., 800^e séance, 11 juin 1965, p. 188, par. 7 et p. 189 et 190, par. 21 à 23 et 26), Tounkine (ibid., p. 189, par. 18) et Pal (ibid., par. 24) et celles de MM. Waldock (ibid., p. 190, par. 31), Rosenne (ibid., p. 188, par. 10) et Ruda (ibid., p. 189, par. 13)]. Le texte finalement adopté par la Commission à l'unanimité (ibid., 816^e séance, 2 juillet 1965, p. 309), reste cependant très neutre et montre clairement que la question n'a pas été tranchée par la Commission (voir aussi le résumé du Rapporteur spécial, ibid., 800^e séance, 11 juin 1965, p. 190, par. 31).

³¹³ Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Documents officiels, deuxième session*, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11/Add.1), 33^e séance plénière, 21 mai 1969, p. 193.

³¹⁴ Voir M. Tabibi, *Annuaire ... 1977*, vol. I, 1434^e séance, 6 juin 1977, p. 98, par. 7; M. Dadzie, ibid., p. 100, par. 18.

³¹⁵ Ibid., p. 99, par. 8.

que le droit régissant les réserves aux traités multilatéraux connaissait, à l'époque, une évolution qui n'a trouvé sa conclusion qu'en 1969 avec les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³¹⁶.

189. Néanmoins, la question des effets d'une réserve, de son acceptation ou de son objection n'est pas entièrement réglée par l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Cette disposition ne concerne que l'effet de ces instruments sur le contenu des relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et les autres parties contractantes. La question, différente, de l'effet de la réserve, d'une acceptation ou d'une objection sur le consentement de l'auteur de la réserve à être lié par le traité est régie non par l'article 21, mais par l'article 20 des deux Conventions de Vienne, intitulé « Acceptation des réserves et objections aux réserves ».

190. Cette disposition est issue du projet d'article 20 adopté par la Commission en première lecture en 1962, intitulé « Effets des réserves ». Ce projet se lisait comme suit :

1. a) Lorsqu'une réserve est expressément ou implicitement autorisée par les termes d'un traité, l'acceptation de cette réserve n'est pas nécessaire;
- b) En cas de silence du traité sur la question des réserves, les dispositions des paragraphes 2, 3 et 4 ci-dessous s'appliquent.
2. Hormis les cas prévus aux paragraphes 3 et 4 ci-dessous et sauf disposition contraire du traité :
 - a) L'acceptation d'une réserve par un État qui peut devenir partie au traité confère à l'État auteur de la réserve la qualité de partie au traité à l'égard de l'État qui a accepté cette réserve, dès l'entrée en vigueur du traité;
 - b) L'objection faite à une réserve par un État qui la considère comme incompatible avec l'objet et le but du traité empêche le traité d'entrer en vigueur entre l'État qui fait objection et l'État qui a formulé la réserve, sauf intention contraire exprimée par l'État qui fait objection.
3. Hormis les cas prévus au paragraphe 4 ci-dessous, l'effet d'une réserve à un traité conclu par un groupe restreint d'États dépend de l'acceptation de cette réserve par tous les États intéressés, à moins
 - a) Que le traité n'en dispose autrement;
 ou
 - b) Que les États ne soient membres d'une organisation internationale qui applique une règle différente aux traités conclus sous ses auspices.
4. Lorsque le traité dont il s'agit est l'acte constitutif d'une organisation internationale, et qu'il est fait objection à une réserve, la décision sur l'effet de la réserve appartient, sauf disposition contraire du traité, à l'organe compétent de ladite organisation³¹⁷.

³¹⁶ Voir décision du 30 juin 1977, *Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 161, par. 38.

³¹⁷ Voir *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194.

191. Cette disposition, qui correspondait à son intitulé, parce qu'il s'agit effectivement des effets de la réserve et des réactions à cette dernière sur l'entrée en vigueur du traité pour l'État réservataire, fut cependant intégrée en 1965 dans le nouveau projet d'article 19, intitulé « Acceptation des réserves et objections aux réserves »³¹⁸ (qui est devenu plus tard l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969), suite à un remaniement important inspiré par un souci de clarté et de simplicité³¹⁹. Dans le cadre de ce remaniement, la Commission décida également d'abandonner le lien entre les objections et les conditions de validité d'une réserve, notamment sa conformité avec l'objet et le but du traité.

192. Lors de la Conférence de Vienne, le premier paragraphe de cette disposition a subi des modifications assez importantes³²⁰, et son paragraphe 4 b) a été modifié suite à un amendement soviétique³²¹. Ce dernier amendement est d'une très grande portée puisqu'il inverse la présomption de l'article 4 b) : dorénavant, toute objection est considérée comme étant une objection simple à moins que son auteur ait clairement exprimé l'intention contraire. Au demeurant, malgré l'intitulé peu adapté de l'article 20, il est clair, étant donnée son origine, qu'il s'agit d'une disposition visant, notamment, les effets d'une réserve, de son acceptation et des objections qui peuvent être faites.

193. Il n'en reste pas moins que les articles 20 et 21 des Conventions de Vienne comportent des imprécisions et des lacunes. Dans la pratique étatique le cas prévu par l'article 21, paragraphe 3, ne se présente plus aujourd'hui comme un cas « rare »³²², comme la Commission l'avait envisagé initialement; il est au contraire devenu, du fait de la présomption de l'article 20, paragraphe 4 b), le cas d'objection le plus fréquent.

194. Mais la pratique des États ne se limite pas à s'en remettre aux effets prévus par le paragraphe 3. Ils tentent de plus en plus de faire produire à leurs objections des effets différents. L'absence de prise de position ferme de la part de la Commission, qui avait volontairement choisi une solution neutre et acceptable par tout le monde, loin de résoudre le problème en a créé d'autres sur lesquels il convient de se prononcer dans le Guide de la pratique.

³¹⁸ Voir *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 174.

³¹⁹ Voir quatrième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 52 et 53, par. 4 et 5.

³²⁰ Voir les amendements de la Suisse (A/CONF.39/C.1/L.97), de la France et de la Tunisie (A/CONF.39/C.1/L.113) et de la Thaïlande (A/CONF.39/C.1/L.150). Ces amendements ont été adoptés à une large majorité (*Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première session*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11), 25^e séance, 16 avril 1968, p. 147, par. 30).

³²¹ A/CONF.39/L.3, Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, *Documents officiels, première et deuxième sessions*, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, *Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 285 et 286. Cet amendement a été adopté par 49 voix contre 21, avec 30 abstentions (*Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, deuxième session*, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, *Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11/Add.1), 10^e séance plénière, 29 avril 1969, p. 37, par. 79). Voir également D. Müller, « Article 20 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (voir note 310), p. 806 à 807, par. 14.

³²² Voir quatrième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 58.

195. Les articles 20 et 21 ne répondent pas non plus à la question de savoir quels effets produit une réserve qui ne satisfait pas aux conditions de validité substantielle de l'article 19 ou de validité formelle (énumérées notamment dans l'article 23). En d'autres termes, ni l'article 20, ni l'article 21 ne tirent de conséquences de la non validité d'une réserve, au moins expressément. Il est d'ailleurs particulièrement troublant que l'application du paragraphe 3 relatif aux effets combinés d'une réserve et d'une objection, ne soit pas limitée aux cas des réserves valides, c'est-à-dire établies conformément à l'article 19, contrairement à ce qui a été prévu pour le paragraphe 1. Le Professeur Gaja considère dès lors à juste titre que « Article 21 is somewhat obscure »³²³ [l'article 21 est quelque peu obscur].

196. Dans ces conditions, il paraît logique de commencer l'étude par l'examen des effets juridiques d'une réserve valide, prévus – au moins partiellement – par les deux Conventions de Vienne. La question des effets juridiques d'une réserve non valide, qui a – en partie – déjà fait l'objet d'une portion du dixième rapport sur les réserves aux traités³²⁴ et sur laquelle la Commission a déjà adopté deux directives³²⁵, doit également être approfondie pour fournir des lignes directrices à l'auteur d'une telle réserve et aux autres parties contractantes.

2. Les réserves valides

197. Les effets juridiques d'une réserve valide dépendent en grande partie des réactions que celle-ci a suscitées. Une réserve valide et acceptée produit des effets juridiques différents de ceux entraînés par une réserve valide qui a fait l'objet d'une objection. L'article 21 des Conventions de Vienne établit clairement cette distinction. Dans sa rédaction de 1986, plus complète en ce qu'elle inclut les effets des réserves et des réactions des organisations internationales :

1. Une réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 :

a) Modifie pour l'État ou pour l'organisation internationale auteur de la réserve dans ses relations avec cette autre partie les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, dans la mesure prévue par cette réserve; et

b) Modifie ces dispositions dans la même mesure pour cette autre partie dans ses relations avec l'État ou avec l'organisation internationale auteur de la réserve.

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

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

³²³ Voir G. Gaja, « Unruly Treaty Reservations », dans *Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de Roberto Ago*, A. Giuffrè, Milan, 1987, p. 330.

³²⁴ Voir A/CN.4/558/Add.2, par. 181 à 208.

³²⁵ Il s'agit des directives 3.3 (Conséquences de la non-validité d'une réserve) et 3.3.1 (Non-validité des réserves et responsabilité internationale). Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/64/10)*, chap. V, sect. C.2.

la réserve et l'État ou l'organisation qui a formulé l'objection, dans la mesure prévue par la réserve.

Tandis que le paragraphe 1 de cette disposition concerne les effets juridiques d'une réserve établie, notion qui mérite d'être clarifiée, le paragraphe 3 traite des effets juridiques d'une réserve qui a fait l'objet d'une objection. Il convient donc d'opérer une distinction entre le cas d'une réserve valide et acceptée, c'est-à-dire d'une réserve « établie », d'une part, et celui d'une réserve valide³²⁶ qui fait l'objet d'une objection, d'autre part. Le paragraphe 2 de l'article 21 ne concerne pas, à proprement parler, les effets juridiques d'une réserve, mais l'absence d'effet juridique de cette dernière sur les relations juridiques entre parties contractantes autre que l'auteur de la réserve, indépendamment du caractère établi ou valide de cette dernière. Cette question sera examinée ci-après dans la section consacrée aux effets des réserves sur les relations conventionnelles entre les autres parties contractantes.

a) Les réserves établies

198. Selon la phrase introductive de l'article 21, paragraphe 1, seule une réserve établie – conformément aux dispositions des articles 19, 20 et 23 – produit les effets juridiques prévus dans ce paragraphe et, plus particulièrement, dans ses alinéas a) et b). Pour la détermination du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 21, les Conventions de Vienne se limitent cependant à un renvoi, un peu maladroit, aux dispositions concernant la validité substantielle d'une réserve (art. 19), le consentement à une réserve (art. 20) et la forme d'une réserve (art. 23), sans pour autant expliquer plus en détail l'interrelation de ces dispositions. Il paraît dès lors opportun, avant d'examiner les effets juridiques produits par une réserve établie, de revenir sur la notion même de réserve établie, indispensable à la détermination des effets juridiques « normaux » d'une réserve.

i) L'« établissement » d'une réserve

a. La règle générale

199. Aux termes du chapeau de l'article 21 des Conventions de Vienne, une réserve est établie « à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 ». La formule, qui d'apparence paraît claire et qui, souvent, est comprise comme visant les réserves valides et acceptées par une partie contractante, comporte de nombreuses incertitudes et imprécisions qui résultent d'un important remaniement entrepris par la Commission lors de la deuxième lecture du projet d'articles sur le droit des traités en 1965, d'une part, et des modifications apportées à l'article 20, paragraphe 4 b) de la Convention lors de la Conférence de Vienne en 1969.

200. En premier lieu, le renvoi à l'article 23 dans son ensemble est, pour dire le moins, maladroit. Les dispositions de l'article 23, paragraphes 3 et 4, n'ont en effet aucune incidence sur l'établissement de la réserve. Elles ne concernent que le retrait de cette dernière et l'absence de la nécessité de confirmer la formulation d'une acceptation ou d'une objection dans certains cas.

³²⁶ Il convient de souligner que le paragraphe 3 de l'article 21 ne se réfère pas seulement à une réserve *valide* qui a fait l'objet d'une objection. Il paraît alors possible que cette disposition soit également applicable au cas d'une objection à une réserve non valide.

201. En second lieu, il est difficile, voire impossible, de déterminer le lien qui pourrait exister entre l'établissement de la réserve et l'effet d'une objection sur l'entrée en vigueur du traité prévu dans l'article 20, paragraphe 4 b). L'objection ne peut être considérée comme un consentement à la réserve puisque, tout au contraire, elle vise à « exclure ou à modifier les effets juridiques de la réserve ou à exclure l'application du traité dans son ensemble dans ses relations avec l'auteur de la réserve »³²⁷. Dès lors, la réserve ayant fait l'objet d'une objection n'est évidemment pas établie dans le sens de l'article 21, paragraphe 1.

202. L'examen des travaux préparatoires permet d'expliquer cette « contradiction ». En effet, dans le projet d'articles adopté par la Commission, qui comportait dans son article 19 (devenu plus tard l'article 21) le même renvoi, la présomption de l'article 17 [futur art. 20), par. 4 b)], posait le principe que le traité n'entraînait pas en vigueur entre un État réservataire et un État ayant fait une objection. Puisque le traité n'était pas en vigueur, il n'y avait aucune raison de déterminer les effets juridiques de la réserve sur le contenu des relations conventionnelles. Le commentaire de la Commission précisait d'ailleurs : « Les paragraphes 1 et 2 de cet article énoncent les règles relatives aux effets juridiques d'une réserve qui a été établie conformément aux dispositions des articles 16, 17 et 18, *le traité étant supposé en vigueur* »³²⁸. La « contradiction » n'a été introduite que lors de la Conférence par le renversement de la présomption de l'article 20, paragraphe 4 b), suite à l'adoption de l'amendement soviétique³²⁹. En raison de cette nouvelle présomption un traité reste effectivement en vigueur pour l'État auteur de la réserve même dans le cas de la formulation d'une objection simple. Il ne saurait cependant en résulter que la réserve est pour autant établie au sens de l'article 21.

203. Dans son premier rapport, Sir Humphrey Waldock a effectivement tenu compte de la condition du consentement à une réserve pour que celle-ci puisse produire ses effets. Le projet d'article 18 qu'il proposait de consacrer au « Consentement aux réserves et [à] ses effets » précisait :

Une réserve, du fait qu'elle a pour objet de modifier les clauses du traité tel qu'il a été adopté, ne produit effet qu'à l'égard de l'État qui y a donné, ou est présumé y avoir donné, son consentement conformément aux dispositions des paragraphes suivants du présent article³³⁰.

Dans son avis consultatif sur les réserves à la Convention sur le génocide la Cour internationale de Justice a également souligné ce principe fondamental du droit des réserves, voire du droit des traités :

Il est bien établi qu'un État ne peut, dans ses rapports conventionnels, être lié sans son consentement et qu'en conséquence aucune réserve ne lui est opposable tant qu'il n'a pas donné son assentiment³³¹.

C'est cette idée à laquelle le paragraphe 1 de l'article 21 des Conventions de Vienne renvoie et c'est le sens qu'il faut donner au renvoi à l'article 20.

³²⁷ Voir la directive 2.6.1 (Définition des objections aux réserves), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), p. 184 à 199.

³²⁸ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227, par. 1, du commentaire à l'article 19 (italiques ajoutées).

³²⁹ Voir par. 192 ci-dessus.

³³⁰ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69.

³³¹ Avis consultatif du 28 mai 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 21. Voir également D. Müller, « Article 20 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (voir note 310), p. 809 à 811, par. 20 à 24.

204. Le consentement à la réserve constitue donc une condition sine qua non pour que celle-ci puisse être considérée comme établie et produire ses effets. Mais, contrairement à ce qui a été soutenu par certains partisans de l'école de l'opposabilité³³², le consentement n'est pas la seule condition. Le chapeau de l'article 21, paragraphe 1, vise en effet cumulativement le consentement à la réserve (le renvoi à l'article 20), la validité substantielle (art. 19) et la validité formelle (art. 23). Le seul consentement n'est donc pas suffisant pour que la réserve produise ses effets « normaux ». Il faut, de surcroît, que la réserve soit valide au sens de l'article 19 et ait été formulée respectant les règles de procédure et de forme de l'article 23. Seule cette combinaison peut « établir » la réserve.

205. Cette combinaison nécessaire de la validité et du consentement découle également du membre de phrase de l'article 21, paragraphe 1, qui précise qu'une réserve est établie « à l'égard d'une autre partie ». Logiquement, une réserve ne peut pas être valide à l'égard d'une autre partie seulement. Elle est valide ou elle ne l'est pas. Il s'agit d'une question qui échappe, en principe, à la volonté des autres parties contractantes³³³ sauf, évidemment, si elles décident d'un commun accord de « valider » la réserve³³⁴. Par contre, une réserve, objectivement valide, n'est opposable qu'aux parties qui y ont consenti d'une façon ou d'une autre. C'est un lien bilatéral qui se crée suite à l'acceptation entre l'auteur de la réserve et la partie contractante qui y a consenti. La réserve n'est établie que vis-à-vis cette partie et c'est seulement dans les relations avec cette partie qu'elle produit ses effets.

206. Il paraît par conséquent nécessaire de souligner de nouveau, dans le Guide de la pratique, que l'établissement d'une réserve résulte de la combinaison de sa validité et du consentement. Reproduire simplement l'article 21, paragraphe 1, qui définit la notion de la réserve établie ne paraît cependant guère praticable en raison, justement, des renvois aux autres dispositions des Conventions de Vienne. La quatrième partie sur les effets juridiques des réserves et des déclarations interprétatives pourrait donc être ouverte par une directive 4.1 formulée ainsi :

4. Effets juridiques d'une réserve et d'une déclaration interprétative

4.1 Établissement d'une réserve

Une réserve est établie à l'égard d'une autre partie contractante si elle satisfait les conditions de validité substantielle d'une réserve, a été formulée en respectant la forme et la procédure prévues à cet effet et si l'autre partie contractante l'a acceptée.

³³² Sur ces deux écoles, voir Rapport préliminaire sur les réserves aux traités, A/CN.4/470, *Annuaire* ... 1995, p. 155 et 156, par. 101 à 105. Voir également J. K. Koh, « Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision », *Harvard I. L. J.* 1982, p. 71 à 116; C. Redgwell, « Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multilateral Treaties », *British Year Book of International Law* 1993, p. 263 à 269; R. Riquelme Cortado (voir A/CN.4/614/Add.1, note 211), p. 73 à 82; Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2nd ed., 1984, p. 81, note 78; et A. Pellet, « Article 19 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (voir note 310), p. 696 et suivantes, par. 111 et suivants.

³³³ Voir dixième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/558/Add.2, par. 201 à 203.

³³⁴ *Ibid.*, par. 205 à 208.

b. Les situations particulières

207. La directive 4.1 ne concerne que la règle générale et ne répond pas complètement à la question de savoir si une réserve est établie. L'article 20, qui renferme dans son paragraphe 4 la règle générale concernant le consentement à une réserve et constitue, à ce titre, le pivot du système « souple » de Vienne³³⁵, contient en effet des exceptions quant à l'expression du consentement à la réserve des autres parties contractantes. Ce paragraphe 4 précise d'ailleurs clairement qu'il n'est applicable que dans « les cas autres que ceux visés aux paragraphes précédents et à moins que le traité n'en dispose autrement ». L'établissement de la réserve, et notamment l'exigence du consentement, peut donc être modulé en raison de la nature de la réserve ou du traité, mais également par toute disposition insérée dans le traité à cet effet.

i. Les réserves expressément autorisées

208. Selon le paragraphe 1 de l'article 20, les réserves expressément autorisées ne doivent pas être acceptées « ultérieurement » par les parties contractantes. Ce paragraphe 1 ne signifie cependant pas que la réserve soit exonérée de l'exigence d'assentiment des parties contractantes; il exprime simplement l'idée que, puisque les parties ont donné cet assentiment avant même que la réserve soit formulée et ce dans le texte même du traité, une acceptation ultérieure est superflue. Au demeurant, l'expression « à moins que le traité ne le prévoie » qui figure dans le texte même de cette disposition³³⁶ dicte clairement cette interprétation. Seules les réserves effectivement couvertes par cet accord préalable ne doivent plus faire l'objet d'une acceptation ultérieure et sont donc, logiquement, établies à partir du moment où elles sont valablement faites³³⁷.

209. Il convient de rappeler que le projet d'articles adopté par la Commission en deuxième lecture ne limitait pas la possibilité de l'acceptation a priori aux seules réserves « expressément » autorisées par le traité, mais y incluait également les réserves « implicitement » autorisées sans que les travaux de la Commission puissent éclairer le sens à donner à cette notion³³⁸. Lors de la Conférence de Vienne, plusieurs délégations ont exprimé leurs doutes concernant cette solution³³⁹.

³³⁵ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 266, par. 21 du commentaire de l'article 17. Voir également D. W. Bowett, « Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties », *B.Y.B.I.L.* 1976-1977, p. 84; D. Müller, « Article 20 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (voir note 310), p. 799, par. 1.

³³⁶ Les mots « à moins que le traité n'en dispose autrement » ont été insérés par le Rapporteur spécial pour tenir compte de « l'éventualité d'un traité qui permettrait expressément les réserves mais à condition qu'elles soient acceptées par un nombre ou un pourcentage donné de parties » (Quatrième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 53). Cette formule a été légèrement modifiée par le Comité de rédaction, (*ibid.*, vol. I, 813^e séance, 29 juin 1965, p. 289, par. 30). En 1966, la formule a été encore une fois légèrement modifiée sans que les comptes rendus des réunions donnent d'éclaircissement sur les motifs de cette modification.

³³⁷ « Faites » et pas « formulées » puisqu'elles produisent leurs effets sans qu'une formalité supplémentaire soit requise. Voir le commentaire de la directive 3.1 (Validité matérielle d'une réserve), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), p. 347 et 348, par. 6).

³³⁸ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 220, et le commentaire, qui est très succinct et peu éclairant sur ce point, p. 225, par. 18.

³³⁹ Voir les interventions des représentants de l'Inde (*Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11) (voir note 320), 24^e séance, p. 139, par. 30), des États-Unis (*ibid.*, p. 142, par. 53), et de l'Éthiopie (*ibid.*, 25^e séance, 16 avril 1968, p. 145, par. 15).

et proposé des amendements visant à supprimer les mots « ou implicitement »³⁴⁰, modification qui a été retenue³⁴¹. Sir Humphrey Waldock, expert-conseil lors de la Conférence, avait lui-même reconnu que « les mots “ou implicitement” figurant au paragraphe 1 de l’article 17 semblent avoir été conservés à tort dans le projet. Ils proviennent de projets antérieurs plus détaillés qui traitaient de l’interdiction implicite et de l’autorisation implicite des réserves »³⁴². C’est donc à juste titre que les réserves implicitement autorisées par le traité ne sont pas mentionnées par l’article 20, paragraphe 1.

210. S’il était avéré, comme Frank Horn le suggère³⁴³, qu’il s’agissait des cas où le traité interdit certaines réserves ou certaines catégories de réserves et, par là même, autoriserait toutes les autres, ce qui revient alors à la présomption de l’article 19 b) inversée, il est évident qu’une telle interprétation place l’article 20, paragraphe 1, en contradiction ouverte avec l’article 19. Dans une telle hypothèse, il suffirait d’inclure dans le traité une clause interdisant les réserves à une disposition spécifique pour instaurer une liberté totale de faire n’importe quelle réserve autre que celles expressément interdites; le critère de l’objet et du but du traité serait ainsi dépourvu de tout effet³⁴⁴. La Commission a d’ores et déjà exclu une telle interprétation dans sa directive 3.1.3 (Validité des réserves non interdites par le traité) qui précise clairement que des réserves non interdites par le traité ne sont pas *ipso facto* valides et ne peuvent donc pas, à plus forte raison, être considérées comme établies et acceptées par les termes mêmes du traité.

211. Pour les mêmes raisons, et malgré le manque de précision regrettable des Conventions sur ce point, une autorisation générale de réserves dans le traité ne peut pas constituer une acceptation a priori de la part des parties contractantes. Dire que tous les parties ont droit de formuler des réserves au traité ne saurait impliquer que ce droit est illimité et encore moins que toutes les réserves ainsi formulées sont, en raison de la simple clause générale incluse dans le traité, établies au sens du chapeau de l’article 21, paragraphe 1. Accepter cette manière de voir priverait le régime de Vienne de tout son sens. De telles autorisations générales se bornent à renvoyer au régime général, dont les Conventions de Vienne constituent l’expression, qui part du principe fondamental selon lequel les parties à un traité ont la faculté de formuler des réserves.

212. La notion de réserve expressément autorisée n’est pas non plus identique ou équivalente³⁴⁵ à celle de réserve déterminée. Ceci a été très clairement établi par le

³⁴⁰ Voir les amendements de la France et de la Tunisie (A/CONF.39/C.1/L.113), de la Suisse (A/CONF.39/C.1/L.97) et de la Thaïlande (A/CONF.39/C.1/L.150) (*Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), préc. note 321, p. 148).

³⁴¹ Les trois amendements visant à supprimer « ou implicitement » (voir note 340) ont été adoptés par 55 voix contre 18, et 12 abstentions (Comptes rendus analytiques (A/CONF.39/11) (voir note 320), 25^e séance, 16 avril 1968, p. 147, par. 30).

³⁴² Ibid., 24^e séance, 16 avril 1968, p. 137 et 138, par. 14.

³⁴³ F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T. M. C. Asser Instituut, La Haye, 1988, p. 132.

³⁴⁴ Voir notamment les critiques de Ch. Tomuschat, (voir A/CN.4/614/Add.1, note 198), p. 475.

³⁴⁵ P.-H. Imbert soutient cependant que les réserves déterminées sont comprises dans l’expression « réserve expressément autorisée ». À l’appui de cette interprétation, il suggère que l’article 20, paragraphe 1, ne limite aucunement le droit des États contractants de faire objection à une réserve expressément autorisée, mais n’exprime que l’idée selon laquelle l’État réservataire devient partie contractante dès le dépôt de son instrument de ratification ou d’adhésion (« La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental

Tribunal arbitral dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental de la mer d'Iroise* en relation avec l'interprétation de l'article 12 de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental dont le paragraphe 1 dispose :

Au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, tout État pourra formuler des réserves aux articles de la Convention autres que les articles 1 à 3 inclus.

213. Sans aucun doute, en vertu de cette disposition, tout État peut subordonner son consentement à être lié par la Convention de Genève à la formulation d'une réserve ainsi « déterminée », c'est-à-dire toute réserve qui concerne les articles 4 à 15, conformément à l'article 19 b) des Conventions de Vienne. Cette « autorisation » n'implique cependant pas que toute réserve ainsi formulée soit forcément valide³⁴⁶ ou, à plus forte raison, que les autres parties ont consenti, à travers le paragraphe 1 de l'article 12, à n'importe quelle réserve aux articles 4 à 15. Le Tribunal arbitral a estimé que cette disposition

ne peut pas être compris[e] comme obligeant les États à accepter d'avance n'importe quelle sorte de réserve à des articles autres que les articles 1 à 3. Une telle interprétation reviendrait presque à donner licence aux États contractants pour une rédaction de leur propre traité³⁴⁷.

214. La pratique étatique appuie la solution retenue par le Tribunal arbitral. Le fait que 11 États ont fait des objections à des réserves formulées à cette Convention³⁴⁸, quand bien même ces réserves ne concernent que des articles autres que les articles 1 à 3 comme prévu par l'article 12, paragraphe 1, de la Convention, est du reste révélateur de l'interprétation à retenir.

215. L'expression « réserves expressément autorisées » par le traité doit être interprétée de manière restrictive afin de répondre à l'objectif du paragraphe 1 de l'article 20. Dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental de la mer d'Iroise*, le Tribunal arbitral a considéré à juste titre que

[c]e 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 déterminée³⁴⁷.

216. Afin de déterminer quelles sont les réserves « expressément autorisées » qui sont dispensées d'une acceptation unilatérale ultérieure, il convient donc de déterminer quelles sont les réserves auxquelles les parties ont déjà donné leur consentement dans le traité. À cet égard, F. Horn a relevé que « [w]here the contents of authorized reservations are fixed beforehand, acceptance can reasonably be

entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », *Annuaire français de droit international*, 1978, p. 52 à 57). L'auteur ne nie pas que cette solution est ouvertement contraire aux termes de l'article 20, mais justifie son approche en se référant aux travaux de la Conférence de Vienne. Voir aussi le commentaire de la directive 3.1.2, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), p. 365 et 366, par. 11.

³⁴⁶ Voir, sur cette question, la directive 3.1.4 (Validité des réserves déterminées) et son commentaire; voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), p. 371 à 373.

³⁴⁷ Voir sentence arbitrale du 30 juin 1977, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 161, par. 39.

³⁴⁸ Disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org> (État des traités (TMDSG), chap. XXI, 4).

construed as having been given in advance, at the moment of consenting to the treaty³⁴⁹ [Dans le cas où le contenu de réserves autorisées est déterminé à l'avance, l'acceptation peut raisonnablement être considérée comme accordée à l'avance, lors du consentement à être lié par le traité (traduction du Rapporteur spécial)].

217. Suivant cette opinion, le champ d'application du paragraphe 1 de l'article 20 contient deux types d'autorisation préalable par lesquels les parties n'acceptent pas simplement la possibilité abstraite de formuler des réserves, mais déterminent exactement par avance les réserves qui peuvent être faites. D'une part, une réserve faite conformément à une clause de réserves qui autorise les parties à exclure purement et simplement l'application d'une disposition³⁵⁰ ou toute une partie du traité³⁵¹ doit être considérée comme étant une « réserve expressément autorisée ». Dans ce cas les autres parties contractantes peuvent apprécier exactement lors de la conclusion du traité quelles vont être les relations contractuelles avec les parties utilisant la possibilité de faire des réserves conformément à la clause d'exclusion. D'autre part, les réserves « négociées »³⁵² peuvent également être considérées comme des réserves déterminées. En effet, certaines conventions internationales n'autorisent purement et simplement pas les États parties à faire des réserves à telle ou telle disposition, mais contiennent une liste exhaustive de réserves parmi lesquelles les États doivent porter leur choix³⁵³. Cette procédure permet également aux États contractants de mesurer précisément et a priori l'impact et l'effet d'une réserve sur les relations conventionnelles. En exprimant son consentement à être lié, par la convention, un État ou une organisation internationale donne son consentement à toute réserve permise par le « catalogue ».

218. Dans ces deux hypothèses, le contenu de la réserve est suffisamment prédéterminé par le traité pour que ces réserves puissent être considérées comme « expressément autorisées » dans le sens de l'article 20, paragraphe 1, des Conventions. Les parties contractantes connaissent à l'avance les relations conventionnelles qui résultent de la formulation d'une telle réserve et l'ont, dans le

³⁴⁹ Voir F. Horn (voir note 343), p. 133.

³⁵⁰ Voir par exemple l'article 20, al. 1, de la Convention de la Haye relative aux conflits de lois en matière de nationalité de 1930 : « En signant ou ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, chacune des Hautes Parties Contractantes pourra exclure de son acceptation telle ou telle des dispositions des articles 1 à 17 et 21 au moyen de réserves expresses ». Fréquemment, les traités autorisent une réserve écartant l'application d'une disposition concernant le règlement des différends (voir P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 169 (note 27) et R. Riquelme Cortado (voir A/CN.4/614/Add.1, note 211), p. 135 et 136.

³⁵¹ Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1949, art. 38; Convention européenne sur le règlement pacifique des différends de 1957, art. 34. La Convention n° 102 de l'OIT concernant la sécurité sociale (norme minimum) combine de surcroît cette possibilité d'écarter l'application de chapitres entiers avec un nombre minimum de chapitres qui doivent effectivement être appliqués (art. 2) (voir aussi l'article 2 de la Convention n° 128 de l'OIT concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants, l'article 20 de la Charte sociale européenne ou l'article 2 du Code européen de sécurité sociale de 1964). Voir également R. Riquelme Cortado (voir A/CN.4/614/Add.1, note 211), p. 134.

³⁵² Sur cette notion, voir *Annuaire ... 2000*, vol. II, deuxième partie, p. 116, par. 11, du commentaire de la directive 1.1.8. Voir également W. Paul Gormley, « The Modification of Multilateral Conventions by Means of "Negotiated Reservations" and Other "Alternatives": A Comparative Study of the ILO and Council of Europe », Part I, *Fordham Law Review*, vol. 39, p. 59 (1970-1971), p. 75 et 76, et P.-H. Imbert (voir note 350), p. 195 et suivantes.

³⁵³ Pour la pratique du Conseil de l'Europe, voir R. Riquelme Cortado (voir A/CN.4/614/Add.1, note 211), p. 130 et suivantes.

texte même du traité, accepté. Il n'y a aucune surprise et aucune atteinte au principe du consensualisme.

219. La Commission a, par ailleurs, fourni un point de départ pour une définition de la notion des réserves expressément autorisées dans sa directive 3.1.4 (Validité des réserves déterminées). Conformément à cette disposition :

Lorsque le traité envisage la formulation des réserves déterminées sans en préciser le contenu, une réserve ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

A contrario, une réserve déterminée dont le contenu est fixé dans le traité est considérée comme *ipso facto* valide et, du fait de la disposition les autorisant expressément, établie.

220. La directive 4.1.1 rend compte de l'exception à la règle générale contenue dans l'article 20, paragraphe 1, des Conventions de Vienne tout en faisant le lien avec la notion de « réserve établie ». En effet, puisqu'une réserve expressément autorisée par le traité est, par définition, substantiellement valide et acceptée par les parties contractantes, il suffit, pour l'établir, de la faire en respectant les règles applicables à la formulation et à la communication des réserves. De ce fait, elle est opposable à toutes les parties contractantes.

4.1.1 Établissement d'une réserve expressément autorisée par le traité

Une réserve expressément autorisée par le traité est établie à l'égard des autres parties contractantes si elle a été formulée en respectant la forme et la procédure prévues à cet effet.

Une réserve expressément autorisée par un traité n'a pas à être ultérieurement acceptée par les États contractants et par les organisations contractantes, à moins que le traité ne le prévoie.

L'expression « réserve expressément autorisée par le traité » s'applique aux réserves excluant l'application d'une ou de certaines dispositions du traité ou modifiant l'effet juridique d'une ou de plusieurs dispositions du traité ou du traité dans son ensemble conformément et dans la mesure prévue par une disposition expresse figurant dans le traité.

221. La directive 4.1.1 détermine dans son premier alinéa la règle spécifique applicable à l'établissement des réserves expressément autorisées par le traité, tandis que son deuxième alinéa rappelle l'article 20, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1986. Bien que ce rappel ne soit pas strictement nécessaire et découle d'une lecture attentive des directives 4.1 et 4.1.1, il suit la pratique établie et constamment suivie par la Commission consistant à intégrer, dans la mesure du possible, les dispositions de la Convention. C'est aussi pour cette raison que le Rapporteur spécial n'en a pas modifié le libellé malgré le fait que l'expression « à moins que le traité ne le prévoie » aille de soi et, de surcroît, paraisse superflue dans cette disposition³⁵⁴. Le troisième alinéa s'efforce de définir la notion de « réserve expressément autorisée ».

³⁵⁴ Voir D. Müller, « Article 20 (1969) »; dans O. Corten et P. Klein (voir note 310), p. 888, par. 7.

222. Il convient également de souligner qu'une fois clairement établi qu'une réserve donnée rentre dans le cadre de l'article 20, paragraphe 1, non seulement son acceptation par les autres parties n'est pas nécessaire, mais encore elles sont réputées l'avoir acceptée effectivement et définitivement avec toutes les conséquences que cela entraîne. L'une des conséquences de ce régime particulier est notamment que les autres parties ne peuvent pas objecter à une telle réserve³⁵⁵. Le fait d'avoir accepté au préalable cette réserve dans le texte même du traité empêche effectivement les parties contractantes de faire ultérieurement une objection. En effet, « [t]he Parties have already agreed that the reservation is permissible and, having made its permissibility the object of an express agreement, the Parties have abandoned any right thereafter to object to such a reservation »³⁵⁶ [les parties ont par avance admis que la réserve est valide et, en ayant fait de sa validité l'objet d'un accord expresse, elles ont abandonné le droit d'objecter ultérieurement à une telle réserve (traduction du Rapporteur spécial)]. Un amendement français³⁵⁷ lors de la Conférence de Vienne exprimait exactement la même idée, mais ne fut pas adopté par le Comité de rédaction³⁵⁸. La directive 2.8.12 (Caractère définitif de l'acceptation d'une réserve) est donc applicable à plus forte raison aux réserves expressément autorisées. Elles sont considérées comme étant acceptées et ne peuvent donc pas faire l'objet d'objections. Le commentaire de la directive 4.1.1 pourrait attirer l'attention sur ce point.

ii. Les réserves aux traités « à participation restreinte »

223. Un autre cas spécifique prévu par l'article 20, paragraphe 2, des Conventions de Vienne concerne les réserves aux traités « à participation restreinte ». Cette disposition exclut l'application du système souple aux traités dont l'application intégrale entre toutes les parties est une condition essentielle du consentement de chacune d'elles à être lié. Dans un tel cas, toute réserve nécessite, pour son établissement, l'acceptation unanime des parties.

224. Même si Fitzmaurice distinguait déjà entre les traités plurilatéraux qu'il considérait plus proches des traités bilatéraux, d'une part, et les traités multilatéraux, d'autre part³⁵⁹, ce n'est que dans le premier rapport de Sir Humphrey Waldock que l'intérêt d'une telle distinction est clairement apparu. Fruit d'un compromis entre les membres de la Commission qui restaient profondément convaincus des vertus du système traditionnel de l'unanimité et les partisans du système « souple » proposé par Sir Humphrey³⁶⁰, l'actuel paragraphe 2 de

³⁵⁵ Voir D. W. Bowett (voir note 335), p. 84; M. Coccia, « Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights », *California Western International Law Journal*, vol. 15, 1985, n° 1, p. 9.

³⁵⁶ Voir D. W. Bowett (voir note 335), p. 84 et 85.

³⁵⁷ A/CONF.39/C.1/L.169. Le paragraphe 2 de l'article unique qui selon les propositions de la France devait remplacer les articles 16 et 17 du projet de la Commission du droit international prévoyait qu'une « réserve autorisée expressément par le traité ne peut pas faire l'objet d'objections de la part d'autres États contractants, à moins que le traité ne le prévoie » (*Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2)* (voir note 321), p. 144).

³⁵⁸ P.-H. Imbert a conclu à propos du rejet de cet amendement que les États représentés à la Conférence ne voulaient pas limiter le droit de faire des objections dans le cas des réserves expressément autorisées (voir note 350), p. 55.

³⁵⁹ Voir premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/101, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 130, par. 97.

³⁶⁰ Le Rapporteur spécial a mis l'accent sur le fait que « ce paragraphe [4] et le paragraphe 2 représentent l'équilibre sur lesquels repose tout l'article » (*Annuaire ... 1962*, vol. I,

l'article 20 constituait, à l'époque, le dernier bastion que les partisans de l'unanimité refusaient d'abandonner. Lors de l'examen en deuxième lecture du projet de Waldock, le principe même du paragraphe 2 n'a plus donné lieu à débat ni au sein de la Commission ni lors de la Conférence de Vienne.

225. Le principal problème n'est cependant pas le principe de l'acceptation unanime des réserves – une règle longtemps pratiquée –, mais l'identification des traités qui ne seront pas soumis à la clause de sauvegarde et seront donc exclus de l'application du système « souple ». Jusqu'en 1965, les rapporteurs spéciaux et la Commission se sont exclusivement référés au critère du (petit) nombre des parties³⁶¹. Dans son quatrième rapport, Sir Humphrey tenant compte de critiques faites concernant le seul critère du nombre, reconnaissait qu'il n'est pas possible de définir avec précision absolue la catégorie des traités visés³⁶². Il suggérait en même temps de s'en remettre à l'intention des parties : « l'application [des] dispositions [du traité] entre toutes les parties doit être considérée comme une condition essentielle de la validité » de celui-ci³⁶³. L'intention des parties de préserver l'intégrité du traité constitue donc le critère permettant d'exclure l'application du système « souple » au profit du système traditionnel de l'unanimité. La Commission a retenu cette idée en changeant légèrement la rédaction de la disposition qui est devenue l'actuel paragraphe 2³⁶⁴.

226. Il est cependant intéressant de constater que la catégorie des traités visés par cette disposition n'est plus du tout la même que celle qui avait été envisagée jusqu'en 1962. La référence à l'intention a le double mérite d'inclure dans le système souple des traités qui, bien que conclus par un nombre restreint d'États, ressemblent plus aux traités multilatéraux généraux, d'une part, et d'exclure les traités conclus par un nombre plus conséquent d'États, mais dont la nature nécessite la sauvegarde de l'intégralité du traité, d'autre part. Il y a là un glissement du concept des « traités plurilatéraux » à celui des traités dont l'intégrité doit être assurée³⁶⁵.

227. Le critère du nombre ne fut cependant pas complètement abandonné et figure toujours dans l'actuel paragraphe 2 de l'article 20. Mais sa fonction a changé : tandis qu'avant 1965 il avait vocation à lui seul à déterminer si le traité sortait du régime « souple » ou non, il est à présent utilisé pour éclairer le critère de l'intention des parties. Il a ainsi perdu de son influence dans la détermination de la nature du traité, dont il est devenu un critère auxiliaire, tout en demeurant malheureusement peu précis et difficilement applicable³⁶⁶. La référence au

664^e séance, 19 juin 1962, p. 255, par. 17). Voir également les interventions de Gros (ibid., 663^e séance, 18 juin 1962, p. 253, par. 97) et d'Ago (ibid., p. 252, par. 87).

³⁶¹ C'est le cas de G. G. Fitzmaurice (projet d'article 38, premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/101, *Annuaire ... 1956*, vol. II, p. 118) et de Sir Humphrey Waldock [projet d'article 1, al. d)], premier rapport, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 35). Le projet d'article 20, paragraphe 3, adopté en première lecture par la Commission du droit international en 1962 se réfère aux traités conclus « par un groupe restreint d'États » (*Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194).

³⁶² Voir A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 54, par. 7.

³⁶³ Voir projet d'article 19, par. 2, ibid., p. 53.

³⁶⁴ Voir *Annuaire ... 1965*, vol. I, 813^e séance, 29 juin 1965, p. 290 et 291, par. 36 à 53 et ibid., 816^e séance, 2 juillet 1965, p. 308 et 309, par. 43 à 49.

³⁶⁵ Voir P.-H. Imbert (voir note 350), p. 115.

³⁶⁶ Voir notamment les critiques de P.-H. Imbert, ibid., p. 112 et 113. Voir également la proposition des États-Unis lors de la Conférence de Vienne visant à supprimer la référence à tout critère autre que l'intention en raison de ces difficultés, *Comptes rendus analytiques* (A/CONF.39/11)

« nombre restreint des États ayant participé à la négociation » reste particulièrement curieuse et ne permet guère de distinguer nettement ces traités des traités multilatéraux au sens propre du terme, qui peuvent également être le résultat d'une négociation entre quelques États seulement. Il semblerait préférable de se référer, non pas aux États ayant participé à la négociation, mais aux États qui sont autorisés à devenir partie au traité³⁶⁷.

228. Sir Humphrey proposait d'autres critères « auxiliaires » à même de mieux cerner l'intention des parties qui, par hypothèse, reste toujours difficile à déterminer. Ainsi, dans son quatrième rapport, il évoquait également la nature du traité et les circonstances de sa conclusion³⁶⁸. Sans que la transformation ait été expliquée et malgré les propositions des États-Unis toujours soucieux d'inclure la nature du traité dans la définition³⁶⁹, l'objet et le but du traité en question fut le seul autre critère « auxiliaire » retenu d'abord par la Commission, puis par la Conférence. Tout comme le critère du nombre, le critère de l'objet et du but du traité est loin d'être précis. L'insertion du critère énigmatique de l'objet et du but³⁷⁰ ne permet donc guère d'éclairer l'interprétation du paragraphe 2; on peut même considérer qu'il la rend encore plus aléatoire et subjective³⁷¹.

229. En outre, ce n'est pas seulement le champ d'application du paragraphe 2 de l'article 20 qui est incertain ou, au moins, difficilement déterminable, mais également le régime juridique effectivement applicable. En vertu de cette disposition, les réserves doivent être acceptées par toutes les parties. Seules deux certitudes peuvent en être déduites. La première est que de telles réserves ne sont pas soumises au système « souple » du paragraphe 4; cette dernière disposition le confirme d'ailleurs, en ce qu'elle limite son champ d'application aux « cas autres que ceux visés aux paragraphes précédents ». La seconde est que ces réserves sont effectivement soumises à une acceptation unanime, parce qu'elles doivent être acceptées « par toutes les parties ».

230. Le paragraphe 2 de l'article 20 ne répond cependant pas clairement à la question de savoir qui doit effectivement accepter la réserve. Certes, le texte de cette disposition vise « les parties ». Ceci n'est cependant guère satisfaisant. Il apparaît en effet douteux que seules toutes les « parties » doivent accepter la réserve, c'est-à-dire conformément à la définition de l'article 2, paragraphe 1 g), tous les États ou organisations internationales qui ont consenti à être liés par le traité et à l'égard desquels le traité est en vigueur. Ceci contredit l'idée sous-jacente selon laquelle le traité doit être appliqué dans sa totalité entre toutes les parties, actuelles et futures. Soutenir le contraire priverait largement le consentement unanime de son sens.

231. En outre, bien que l'article 20, paragraphe 5, relie le principe du consentement tacite et implicite au paragraphe 2, l'application de l'acceptation implicite dans le

(voir note 320), 21^e séance, 10 avril 1968, p. 118, par. 9.

³⁶⁷ Voir P.-H. Imbert (voir note 350), p. 112 et 113.

³⁶⁸ Voir A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 54, voir par. 7.

³⁶⁹ Voir l'amendement A/CONF.39/C.1/L.127, *Documents de la Conférence (A/CONF.39/11/Add.2)* (voir note 321), p. 146.

³⁷⁰ Voir les directives 3.1.5 (Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité) et 3.1.6 (Détermination de l'objet et du but du traité), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, p. 70 à 86.

³⁷¹ Voir Ch. Tomuschat (voir A/CN.4/614/Add.1, note 198), p. 479; P.-H. Imbert (voir note 350), p. 114 et 115.

cadre des traités du paragraphe 2 demeure un mystère. Il découle en effet de l'article 20, paragraphe 5, qu'un État contractant ne peut présenter une éventuelle objection qu'au moment où il devient partie au traité. Un État signataire d'un traité restreint pourrait ainsi bloquer l'acceptation unanime, même s'il ne formulait pas d'objection formelle à la réserve, en ce qu'il est impossible de présumer son assentiment avant l'expiration du délai de 12 mois. Ainsi, l'application de la présomption de l'article 20, paragraphe 5, produirait exactement le contraire de l'effet recherché : la stabilisation rapide des relations conventionnelles et du statut de l'État réservataire par rapport au traité³⁷². C'est justement pour cette raison que le Rapporteur spécial considérait en 1962 que l'assouplissement du délai de 12 mois dans le cadre des États qui ne sont pas encore parties au traité

n'est pas possible dans le cas des traités plurilatéraux, car en pareil cas le retard d'un État à se décider met en question le statut de l'État qui a formulé la réserve à l'égard de tous les États qui participent au traité³⁷³.

232. Ces lacunes et incohérences sont d'autant plus surprenantes si l'on prend en compte le projet d'article 18 proposé par Sir Humphrey en 1962 qui distinguait nettement entre l'acceptation tacite et implicite dans les cas des traités « plurilatéraux » et les traités multilatéraux³⁷⁴. Ces précisions, qui déterminaient parfaitement bien le régime juridique des réserves à des traités visés par le paragraphe 2 de l'article 20, ont été cependant sacrifiées pour rendre les dispositions sur les réserves moins complexes et plus succinctes.

233. Au bénéfice de ces remarques, il paraît opportun et nécessaire d'inclure dans le guide de la pratique une directive concernant l'établissement d'une réserve à un traité « à participation restreinte » :

4.1.2 Établissement d'une réserve à un traité à participation restreinte

Une réserve à un traité à participation restreinte est établie à l'égard des autres parties contractantes si elle satisfait les conditions de validité substantielle d'une réserve, a été formulée en respectant la forme et la procédure prévues à cet effet et si toutes les autres parties contractantes l'ont acceptée.

L'expression « traité à participation restreinte » s'entend d'un traité dont l'application intégrale entre toutes les parties est une condition essentielle du consentement de chacune d'elles à être lié par le traité.

iii. Les réserves à un acte constitutif d'une organisation internationale

234. L'autre exception au principe selon lequel l'acceptation tacite suffit à établir une réserve est prévue par l'article 20, paragraphe 3, des Conventions de Vienne et concerne les actes constitutifs d'organisations internationales. En vertu de cette disposition :

³⁷² En ce sens, D. Müller, « Article 20 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (voir note 310), p. 820 et 821, par. 46 et 47.

³⁷³ Voir *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 77, par. 16.

³⁷⁴ Voir premier rapport, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69 et 70.

Lorsqu'un traité est un acte constitutif d'une organisation internationale et à moins qu'il n'en dispose autrement, une réserve exige l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation.

235. La simple lecture de cette disposition montre que, afin d'être établie, une réserve à un acte constitutif d'une organisation internationale nécessite l'acceptation de l'organe compétent de l'organisation. La formulation de cette acceptation a d'ores et déjà fait l'objet d'une étude détaillée dans le douzième rapport sur les réserves aux traités³⁷⁵ qui présente, entre outre, les travaux préparatoires de cette disposition. Sur la base de ce rapport, la Commission a adopté plusieurs directives concernant cette exception à la règle. Il s'agit des directives 2.8.7 à 2.8.11 :

2.8.7 Acceptation d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale

Lorsqu'un traité est un acte constitutif d'une organisation internationale et à moins qu'il n'en dispose autrement, une réserve exige l'acceptation de l'organe compétent de cette organisation.

2.8.8 Organe compétent pour accepter une réserve à un acte constitutif

Sous réserve des règles de l'organisation, la compétence pour accepter une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale appartient à l'organe compétent pour se prononcer sur l'admission d'un membre au sein de l'organisation, ou sur les amendements à l'acte constitutif, ou sur l'interprétation de celui-ci.

2.8.9 Modalités de l'acceptation d'une réserve à un acte constitutif

Sous réserve des règles de l'organisation, l'acceptation de l'organe compétent de l'organisation ne peut être tacite. Toutefois l'admission de l'État ou de l'organisation internationale auteur de la réserve constitue l'acceptation de celle-ci.

Aux fins de l'acceptation d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale, l'acceptation individuelle de la réserve par les États ou les organisations internationales membres de l'organisation n'est pas requise.

2.8.10 Acceptation d'une réserve à un acte constitutif qui n'est pas encore entré en vigueur

Dans les cas prévus à la directive 2.8.7 et lorsque l'acte constitutif n'est pas encore entré en vigueur, une réserve est réputée avoir été acceptée si aucun des États ou des organisations internationales signataires n'a formulé d'objection à cette réserve à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification. Une telle acceptation unanime une fois acquise est définitive.

³⁷⁵ Voir A/CN.4/584 et Corr.1, par. 240 à 270.

2.8.11 Réaction d'un membre d'une organisation internationale à une réserve à l'acte constitutif

La directive 2.8.7 n'exclut pas que les États ou les organisations internationales membres d'une organisation internationale prennent position sur la validité ou l'opportunité d'une réserve à l'acte constitutif de l'organisation. Une telle appréciation est dépourvue par elle-même d'effets juridiques³⁷⁶.

236. Il ne paraît pas nécessaire de rappeler de nouveau les raisons qui ont poussé la Commission et la Conférence à adopter la disposition de l'article 20, paragraphe 3, des Conventions de Vienne. Bien que la directive 2.8.7 soit suffisante pour exprimer la nécessité de l'acceptation de l'organe compétent de l'organisation, il n'est cependant pas inutile de rappeler cette exigence particulière dans la partie consacrée aux effets des réserves. En effet, l'acceptation par l'organe compétent est la condition *sine qua non* pour l'établissement d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale. Seule cette acceptation collégiale peut faire produire à la réserve tous ses effets. L'acceptation individuelle des autres membres de l'organisation n'est certes pas proscrite, mais reste sans effet sur l'établissement de la réserve. La directive 4.1.3 pourrait se lire ainsi :

4.1.3 Établissement d'une réserve à un acte constitutif d'une organisation internationale

Une réserve à un acte constitutif d'une organisation internationale est établie à l'égard des autres parties contractantes si elle satisfait les conditions de validité substantielle d'une réserve, a été formulée en respectant la forme et la procédure prévues à cet effet, et si l'organe compétent de l'organisation l'a acceptée conformément aux directives 2.8.7 à 2.8.10.

ii) Les effets des réserves établies

237. Une réserve « établie » au sens de la directive 4.1 produit tous les effets visés par son auteur, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de la directive 1.1.1 (Objet des réserves), « exclure ou [...] modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers »³⁷⁷. Dès lors, l'objet de la réserve tel que voulu ou « visé » par son auteur se réalise.

238. L'établissement de la réserve n'a cependant pas seul effet de modifier ou d'exclure l'effet juridique d'une ou de plusieurs dispositions du traité; il fait également de l'auteur de la réserve une partie contractante au traité. Suite à l'établissement de la réserve, la relation conventionnelle est établie entre l'auteur de la réserve et la ou les parties contractantes à l'égard desquelles la réserve est établie.

³⁷⁶ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), chap. V, sect. C.2.

³⁷⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/54/10), p. 164.

a. L'entrée en vigueur du traité et le statut de l'auteur de la réserve

239. L'établissement de la réserve a, pour son auteur, plusieurs conséquences concernant l'existence même des relations conventionnelles et son statut vis-à-vis des autres parties contractantes. Il peut même en résulter l'entrée en vigueur du traité pour l'ensemble des États ou organisations internationales contractants. Ces conséquences découlent directement de l'article 20, paragraphe 4 a) et c), des Conventions de Vienne : la première de ces dispositions concerne l'établissement des relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et la partie contractante qui l'a acceptée (donc, la partie contractante à l'égard de laquelle la réserve est établie), tandis que la deuxième est relative à la question de savoir si le consentement de l'État réservataire ou de l'organisation internationale réservataire prend effet ou, autrement dit, si l'auteur de la réserve devient une partie contractante au traité. Elles se lisent ainsi :

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

a) L'acceptation d'une réserve par un État contractant ou par une organisation contractante fait de l'État ou de l'organisation internationale auteur de la réserve une partie au traité par rapport à l'État ou à l'organisation ayant accepté la réserve si le traité est en vigueur ou lorsqu'il entre en vigueur pour l'auteur de la réserve et l'État ou l'organisation qui a accepté la réserve;

b) [...]

c) Un acte exprimant le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par le traité et contenant une réserve prend effet dès qu'au moins un État contractant ou une organisation contractante a accepté la réserve.

240. Les commentaires de la Commission sur le projet d'article 17 (qui devint l'article 20) expliquent clairement l'objet de ces dispositions :

Le paragraphe 4 contient les trois règles qui sont à la base du système « souple » et qui doivent régir la situation des États contractants par rapport aux réserves à tous traités multilatéraux qui ne sont pas visés par les paragraphes précédents. L'alinéa a) dispose que l'acceptation de la réserve par un autre État contractant fait de l'État auteur de la réserve une partie au traité par rapport à cet autre État si le traité est en vigueur ou lorsqu'il entre en vigueur. [...] L'alinéa c) prévoit [...] qu'un acte exprimant le consentement de l'État à être lié par le traité et comportant une réserve prend effet dès qu'au moins un autre État contractant a accepté la réserve. Cette disposition est importante, car elle détermine à quel moment un État auteur d'une réserve peut être considéré comme ayant ratifié ou accepté un traité ou comme étant, de quelque autre manière, lié par le traité³⁷⁸.

241. La règle selon laquelle l'acceptation d'une réserve valide établit une relation conventionnelle entre l'auteur de la réserve et l'État ou l'organisation internationale qui l'a acceptée relève d'ailleurs du bon sens. Elle apparaît, dans des formes diverses dans les projets de tous les rapporteurs spéciaux sur la question du droit des traités. La seule différence entre l'approche de Sir Humphrey et celle de ses

³⁷⁸ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II., p. 226, par. 21 du commentaire.

prédécesseurs consiste dans le nombre nécessaire d'acceptations afin de produire cet effet. Attachés au régime traditionnel de l'unanimité, les trois premiers rapporteurs n'admettaient l'établissement d'une relation conventionnelle qu'une fois que toutes les autres parties contractantes avaient accepté la réserve. Selon l'approche souple de Sir Humphrey, chaque État (ou chaque organisation internationale) ne décide pas seulement individuellement si une réserve lui est opposable ou pas; cette acceptation individuelle produit également des effets indépendamment des réactions des autres États ou organisations internationales mais, logiquement, uniquement dans les relations bilatérales entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'acceptation. La Commission a expliqué dans son commentaire du projet d'article 20 adopté en première lecture que l'application de ce système souple peut

certainement avoir pour conséquence que l'État auteur de la réserve puisse être partie au traité à l'égard de l'État X, mais ne pas l'être à l'égard de l'État Y, bien que les États X et Y soient liés entre eux par le traité. Mais, dans le cas d'un traité multilatéral général, ou d'un traité conclu entre un grand nombre d'États, il semble à la Commission que ce résultat serait aussi peu satisfaisant que de permettre à l'État Y d'empêcher, par son objection, le traité d'entrer en vigueur entre l'État auteur de la réserve et l'État X qui l'a acceptée³⁷⁹.

242. Ce système de participation « relative » au traité³⁸⁰ n'est cependant applicable que dans le cas « normal » d'établissement de la réserve. À l'évidence, il ne peut être appliqué dans le cas où l'acceptation unanime est nécessaire pour établir une réserve. Pour que cette dernière puisse produire ses effets, y compris l'entrée en vigueur du traité pour l'auteur de la réserve, tous les parties contractantes doivent consentir à la réserve. En conséquence, le traité entre nécessairement en vigueur de la même façon pour l'ensemble des parties contractantes, d'une part, et l'auteur de la réserve, d'autre part. Une solution comparable s'impose dans le cas d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale : seule l'acceptation de l'organe compétent peut établir la réserve et faire entrer son auteur dans le cercle des parties contractantes. Une fois cette acceptation acquise, l'auteur de la réserve établit des relations conventionnelles avec toutes les autres parties contractantes sans que leur consentement individuel soit nécessaire.

243. Au bénéfice de ces remarques, il convient cependant de constater que, une fois la réserve établie en vertu des règles décrites dans les directives 4.1 à 4.1.3 selon la nature de la réserve et celle du traité, une relation conventionnelle se noue entre l'auteur de la réserve et la ou les parties contractantes vis-à-vis desquelles la réserve est établie : la partie contractante qui a accepté la réserve (dans le cas « normal »), toutes les parties contractantes (dans les autres cas). Il suffit donc de rappeler cette règle qui constitue le cœur du régime de Vienne sans qu'il soit nécessaire de distinguer de nouveau entre la règle générale et ses exceptions. La rédaction des directives 4.1, 4.1.1., 4.1.2 et 4.1.3 permet en effet de déterminer vis-à-vis de qui la réserve est établie et avec qui la relation conventionnelle est constituée :

³⁷⁹ Voir *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 200, par. 23 du commentaire. Voir également *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 226, par. 22) du commentaire du projet d'article 17.

³⁸⁰ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 226, par. 22 du commentaire du projet d'article 17.

4.2 Effets d'une réserve établie

4.2.3 Effets de l'entrée en vigueur du traité sur le statut de l'auteur d'une réserve établie

L'établissement d'une réserve fait de son auteur une partie au traité vis-à-vis des États ou organisations internationales contractants à l'égard desquelles la réserve est établie si le traité est en vigueur ou lorsqu'il entre en vigueur.

244. La directive 4.2.3 ne résout cependant pas la question de savoir à partir de quel moment l'auteur de la réserve peut être considéré comme faisant partie du cercle des États contractants ou des organisations internationales contractantes. L'article 20, paragraphe 4 c), de la Convention de 1969 a été justement inséré par la Commission afin de combler cette lacune. Comme Sir Humphrey Waldock l'expliquait dans son quatrième rapport :

Ce n'est pas une simple question de rédaction, puisqu'il s'agit des conditions requises pour qu'un État auteur d'une réserve soit considéré comme « partie » à un traité multilatéral dans le cadre du système « souple ». En fait, non seulement le Gouvernement australien, mais aussi le Gouvernement danois pressent la Commission de prendre explicitement position, car c'est la question qui a son importance pour déterminer la date d'entrée en vigueur du traité et qui risque de soulever des difficultés pour le dépositaire. Nous considérons qu'au regard du système « souple », la situation est la suivante : l'État qui formule une réserve doit être considéré comme une « partie » dès lors qu'un autre État qui a établi son consentement à être lié par le traité accepte la réserve soit expressément, soit tacitement conformément au paragraphe 3 de l'article 19 actuel (par. 4 du nouvel article 20, ci-après)³⁸¹.

L'explication de Waldock qui est donc à l'origine de l'article 20, paragraphe 4 c), de la Convention de 1969 n'est peut-être pas tout à fait correcte : en effet, il est impossible de déterminer si l'auteur de la réserve devient une « partie » au traité dans le sens de l'article 2, paragraphe 1 g), de la Convention de 1969, car, indépendamment de l'établissement de sa réserve, le traité peut ne pas être en vigueur en raison du nombre trop faible de ratifications ou d'acceptations. Mais, ce que l'on peut établir avec certitude c'est la question de savoir si l'auteur devient un État contractant ou une organisation contractante, c'est-à-dire s'il a « consenti à être lié par le traité, que le traité soit entré en vigueur ou non » [art. 2, par. 1 f)]. C'est par ailleurs l'objet de l'article 20, paragraphe 4 c), qui se borne à constater que l'« acte exprimant le consentement » de l'auteur de la réserve « à être lié par le traité et contenant une réserve *prend effet* dès qu'au moins un autre État contractant a accepté la réserve »³⁸².

245. Bien que la règle semble être clairement établie par l'article 20, paragraphe 4, alinéa c), des Conventions de Vienne – l'auteur de la réserve devient État contractant ou organisation contractante dès lors que sa réserve valide a été acceptée par au moins un État contractant ou une organisation contractante – son application en pratique reste loin d'être conséquente et encore moins homogène. Les principaux concernés par l'application de cette règle, c'est-à-dire les dépositaires, l'appliquaient et l'appliquent toujours de façon très approximative.

³⁸¹ Voir *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 55 et 56, par. 11.

³⁸² Italiques ajoutées.

246. Le Secrétaire général, dans sa fonction de dépositaire de traités multilatéraux, par exemple, accepte que soit déposé tout instrument exprimant le consentement à être lié par un traité assorti d'une réserve et, tout en refusant de prendre position sur la question de la validité ou des effets de la réserve, « indique[] la date à laquelle l'instrument devrait normalement prendre effet conformément aux dispositions du traité et [laisse] à chaque partie le soin de tirer des réserves les conséquences juridiques qu'elle juge appropriées »³⁸³. Autrement dit, le Secrétaire général n'attend pas qu'au moins une acceptation ait été acquise pour admettre le dépôt définitif d'un instrument de ratification ou d'adhésion assorti d'une réserve, mais il traite ces instruments comme toute autre ratification ou adhésion non assortie de réserves :

Comme il n'est pas censé prendre position, le Secrétaire général n'est pas en mesure de se prononcer sur les effets éventuels de l'instrument contenant une réserve et notamment de déterminer si le traité entre en vigueur entre l'État auteur de la réserve et les autres États ou a fortiori entre l'État auteur de la réserve et tel État qui formulerait une objection à la réserve. Si donc les clauses finales du traité en cause prévoient que le traité entrera en vigueur une fois qu'auront été déposés tant d'instruments de ratification, d'approbation, d'acceptation ou d'adhésion, le Secrétaire général, en tant que dépositaire, a pour pratique, sous réserve de ce qui est dit au paragraphe suivant, de prendre en considération, dans le décompte des instruments requis pour l'entrée en vigueur, tous les instruments qui ont été acceptés en dépôt, qu'ils soient ou non accompagnés de réserves et que les réserves éventuelles aient ou non donné lieu à des objections³⁸⁴.

Cette position tout à fait critiquable³⁸⁵ vu la teneur de l'article 20, paragraphe 4 c), des Conventions de Vienne (lu en liaison avec l'article 20, par. 5) a été justifiée par le Secrétaire général par le fait qu'il

n'était en fait jamais arrivé qu'un État fasse objection à une entrée en vigueur faisant intervenir des États auteurs de réserves. On pouvait enfin soutenir que la prise en compte d'un instrument ne pouvait être exclue que si, d'une part, tous les autres États contractants sans exception avaient fait objection à la participation de l'État auteur de la réserve et si, d'autre part, tous les États ayant formulé des objections avaient nettement exprimé le désir de voir leurs objections empêcher l'entrée en vigueur du traité entre eux et l'État auteur de la réserve³⁸⁶.

247. Pour en donner un exemple récent, le Pakistan a adhéré à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme par une notification datée du 17 juin 2009. Cet instrument a été assorti de réserves aux articles 11, 14 et

³⁸³ Voir *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, Nations Unies, New York, 1999, ST/LEG/7/Rev.1, par. 187.

³⁸⁴ Ibid., par. 184.

³⁸⁵ Voir P.-H. Imbert, « À l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire », *Annuaire français de droit international*, 1980, p. 524 à 541; G. Gaja (voir note 323), p. 323 et 324; R. Riquelme Cortado (ibid., note 211), p. 245 à 250; ou D. Müller, « Article 20 (1969) », dans O. Corten et P. Klein (voir note 310), p. 821 et 822, par. 48.

³⁸⁶ Voir *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, Nations Unies, New York, 1999, ST/LEG/7/Rev.1, par. 186.

24 de la Convention. Malgré ces réserves, le Secrétaire général a considéré dans sa notification dépositaire du 19 juin 2009 que

La Convention entrera en vigueur pour le Pakistan le 17 juillet 2009 conformément au paragraphe 2 de son article 26 qui stipule :

« Pour chacun des États qui ratifieront, accepteront ou approuveront la Convention ou y adhéreront après le dépôt du vingt-deuxième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la Convention entrera en vigueur le trentième jour après le dépôt par cet État de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion »³⁸⁷.

L'instrument du Pakistan est donc considéré par le dépositaire comme prenant effet immédiatement nonobstant l'article 20, paragraphe 4 c), de la Convention de Vienne de 1969. Pour le dépositaire, le Pakistan compte parmi les États contractants, voire les parties à la Convention de New York indépendamment de la question de savoir si ses réserves ont reçu l'assentiment d'au moins une autre partie contractante.

248. Cette pratique qui semble être suivie depuis de nombreuses années déjà et qui, par ailleurs, existait bien avant la Convention de Vienne de 1969³⁸⁸ a été également suivie par d'autres dépositaires, institutionnels ou étatiques. Ainsi, et la République dominicaine et le Conseil de l'Europe avaient informé le Secrétaire général en 1965 que, en tant que dépositaire, un État réservataire était « immédiatement compté parmi les pays nécessaires pour que la convention entre en vigueur »³⁸⁹ – autrement dit dès qu'il acquiert le statut d'un État contractant. D'autres dépositaires comme les États-Unis d'Amérique, l'Organisation des États américains ou l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture faisaient état d'une pratique plus nuancée et ne comptent en principe pas les États réservataires parmi les États contractants³⁸⁹.

249. Le Rapporteur spécial est cependant d'avis que malgré l'application pour le moins hésitante de l'article 20, paragraphe 4 c), des Conventions de Vienne, la règle énoncée dans cette disposition n'a pas perdu de son autorité. Elle fait indubitablement partie du régime des réserves tel que l'ont établi les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et la Commission s'est fixé pour principe de compléter les dispositions sur les réserves de ces deux Conventions, pas de les contredire³⁹⁰. Selon les termes de l'article 20, paragraphe 4 c), des Conventions de Vienne, l'auteur d'une réserve ne devient État contractant ou organisation contractante que lorsqu'au moins un autre État contractant ou une autre organisation contractante accepte la réserve, expressément – ce qui est très rare – ou tacitement à l'expiration du délai prévu par l'article 20, paragraphe 5, et repris par les directives 2.6.13³⁹¹ et 2.8.1³⁹². La conséquence d'une application stricte de cette disposition retarde, au pire des cas, l'entrée en vigueur du traité de 12 mois pour l'auteur de la réserve. Ce

³⁸⁷ Disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org> (État des traités (TMDSG), chap. XVIII, 11).

³⁸⁸ Voir *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 109, par. 31.

³⁸⁹ Ibid., vol. II, p. 105.

³⁹⁰ Voir premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, A/CN.4/470, *Annuaire... 1995*, vol. II, première partie, p. 165 à 167, par. 153 à 169.

³⁹¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 10* (A/63/10), p. 228 à 233.

³⁹² Ibid., *soixante-quatrième session, Supplément n° 10* (A/64/10), chap. V, sect. C.2.

retard peut certes être considéré peu souhaitable; néanmoins, c'est l'auteur de la réserve qui le provoque, d'une part, et ce délai peut être raccourci par l'acceptation expresse de la réserve exprimée par un seul autre État contractant ou une seule autre organisation internationale contractante.

250. Au bénéfice de ces remarques, il convient d'insérer dans le Guide de la pratique une directive qui, à défaut de reproduire l'article 20, paragraphe 4 c), mot pour mot en exprime l'idée. Dès que la réserve valide est acceptée par au moins un État contractant ou une organisation internationale contractante, elle est établie dans le sens des directives 4.1, 4.1.1, 4.1.2 et 4.1.3, l'instrument de ratification ou d'adhésion de l'auteur de la réserve prend effet et fait de lui un État contractant ou une organisation internationale contractante. Ceci a pour conséquence que l'auteur de la réserve fait partie des États contractants et organisations contractantes si le traité n'est pas encore entré en vigueur. C'est cette idée que reflète la directive 4.2.1 :

4.2.1 Qualité de l'auteur de la réserve établie

Dès que la réserve est établie, son auteur est considéré comme État contractant ou organisation contractante au traité.

251. Il va de soi que, si le traité est en vigueur, l'auteur d'une réserve établie devient du même coup partie à celui-ci.

252. Au surplus, si le traité n'est pas encore entré en vigueur, l'établissement de la réserve et la validité de l'acte par lequel l'auteur de la réserve a exprimé son consentement à être lié par le traité peut avoir pour conséquence que le traité entre en vigueur pour l'ensemble des États et organisations contractants, y compris l'auteur de la réserve. C'est le cas si, suite à l'établissement de la réserve, l'ajout de l'auteur dans le nombre des parties contractantes a pour résultat que les conditions pour l'entrée en vigueur du traité sont remplies. Cette conséquence dépend donc largement des circonstances de l'espèce, et notamment des conditions pour l'entrée en vigueur du traité que fixent les clauses finales, du nombre des parties contractantes etc. Il n'est donc guère possible de dégager une règle générale à cet égard si ce n'est que l'auteur de la réserve établie doit être pris en compte parmi les États ou organisations contractants dont le nombre détermine l'entrée en vigueur du traité. C'est cette précision que donne la directive 4.2.2 :

4.2.2 Effet de l'établissement de la réserve sur l'entrée en vigueur du traité

Dans le cas où le traité n'est pas encore entré en vigueur, l'auteur de la réserve est pris en compte parmi les États contractants ou organisations contractantes dont le nombre conditionne l'entrée en vigueur du traité dès que la réserve est établie.

b. L'effet d'une réserve établie sur le contenu des relations conventionnelles

253. L'établissement de la réserve n'a pas seulement pour conséquence l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et les parties au traité qui l'ont acceptée. Il modifie également le contenu de la relation conventionnelle ainsi constituée et réalise ainsi l'objectif même de la réserve en ce sens que « les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve » seront modifiées « dans la

mesure prévue par cette réserve » dans les relations mutuelles des deux États concernés³⁹³. Cet effet découle, comme la Commission l'a remarqué, « directement du caractère consensuel des relations entre les parties au traité »³⁹⁴. La réserve, qui n'est rien d'autre qu'une offre formulée par son auteur visant à modifier ou à exclure l'application de certaines dispositions du traité, et son acceptation constituent un accord entre les protagonistes, un accord *inter partes*, qui module leurs relations conventionnelles découlant du traité.

254. L'article 21, paragraphe 1 a), des Conventions de Vienne détermine l'effet que la réserve établie produit sur le contenu des relations conventionnelles pour son auteur. Dans la Convention de Vienne de 1986 cette disposition se lit :

Une réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 :

a) Modifie pour l'État ou pour l'organisation internationale auteur de la réserve dans ses relations avec cette autre partie les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, dans la mesure prévue par cette réserve; [...]

255. Le terme « modifier » utilisé dans cette disposition doit cependant être interprété d'une façon large. Il paraît curieux que les textes de cette disposition et celui de l'article 2, paragraphe 1 d), n'aient jamais été harmonisés. L'article 2, paragraphe 1 d), des Conventions de Vienne définit en effet la réserve comme toute déclaration unilatérale par laquelle un État « vise à *exclure ou à modifier* l'effet juridique de certaines dispositions du traité ». Cependant, cette incohérence n'affecte guère le résultat étant donné que les paragraphes 1 a) et b) précisent clairement que la disposition du traité sera modifiée « dans la mesure prévue par la réserve ». Cette formulation inclut aussi bien les réserves d'exclusion – par lesquelles les États visent à exclure purement et simplement l'application d'une ou de plusieurs dispositions – que les réserves limitatives qui portent simplement sur un aspect particulier de la disposition visée sans pour autant exclure complètement son application.

256. Une autre incohérence, celle-ci plus sérieuse, peut être relevée entre la définition du terme « réserve » dans les Conventions de Vienne et les effets prévus par l'article 21, paragraphe 1, – deux dispositions qui doivent être rapprochées³⁹⁵ – : tandis que selon l'article 21, la réserve modifie « les dispositions du traité », l'objet de la réserve en vertu de l'article 2, paragraphe 1 d), est de modifier ou d'exclure « l'effet juridique de certaines dispositions du traité ». Ce problème n'est pas passé inaperçu lors des débats à la Commission : tandis que certains membres insistaient sur le fait que la réserve ne pouvait pas changer les dispositions du traité et qu'il serait préférable de remplacer « disposition du traité » par « application du traité »³⁹⁶, d'autres membres n'y prêtaient que peu d'attention³⁹⁷ ou se montraient catégoriquement satisfaits du texte proposé par le Comité de rédaction³⁹⁸.

³⁹³ Sur le principe de réciprocité, voir par. 272 à 290 ci-dessous.

³⁹⁴ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227, par. 1 du commentaire de l'article 19 [21].

³⁹⁵ Voir troisième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/491/Add.3, par. 149.

³⁹⁶ M. Rosenne (*Annuaire ... 1965*, vol. I, 800^e séance, 11 juin 1965, p. 188, par. 9, et 814^e séance, 29 juin 1965, p. 295, par. 2) et M. Tsuruoka (*ibid.*, p. 296, par. 16).

³⁹⁷ M. Tounkine a remarqué qu'« il n'est pas très important que le texte porte “modifie les dispositions du traité” ou “modifie l'application des dispositions du traité” » (*ibid.*, par. 9). Dans le

257. En doctrine, la question de la modification des « dispositions du traité » ou de leurs « effets juridiques » a été posée avec plus de véhémence. Le professeur P.-H. Imbert considère que

[c]’est précisément le lien établi par les rédacteurs de la Convention de Vienne entre la réserve et les dispositions d’une convention qui nous semble le plus critiquable. En effet, une réserve ne tend pas à éliminer une *disposition* mais une *obligation*³⁹⁹.

258. Cette opinion ne considère cependant l’effet de la réserve que du point de vue de l’auteur de la réserve et semble ignorer le fait qu’en modifiant l’obligation de celui-ci la réserve porte également atteinte aux droits corrélatifs des États ou organisations internationales ayant accepté la réserve. Il est ainsi plus convaincant de conclure que, eu égard à cette question,

l’article 2, paragraphe 1 d), des Conventions de 1969 et 1986 est mieux rédigé que l’article 21, paragraphe 1 : on voit mal comment une réserve, instrument *extérieur* au traité, pourrait modifier une *disposition de celui-ci*; elle peut en exclure ou en modifier l’application, l’effet, mais pas le texte lui-même, la disposition⁴⁰⁰.

259. Pourtant, le texte de l’article 2, paragraphe 1 d), ne semble pas non plus correspondre complètement à la pratique étatique en matière de réserves, en ce qu’il y est précisé qu’une réserve ne peut viser qu’à exclure ou modifier « l’effet juridique de certaines dispositions du traité »⁴⁰¹. Il n’est effectivement pas rare que les États formulent des réserves afin de modifier l’application de l’ensemble du traité, ou au moins l’application d’une partie substantielle de celui-ci. Dans certains cas, de telles réserves ne peuvent certainement pas être considérées comme valides, en ce qu’elles vident le traité de son objet et de son but, ce qui les prive du statut de « réserves établies »⁴⁰². Ce n’est cependant pas toujours le cas et la pratique connaît de nombreux exemples de telles réserves transversales qui n’ont pas fait l’objet d’objections ou de contestations de la part des autres États contractants⁴⁰³. L’article 21, paragraphe 1, semble à cet égard plus ouvert en ce qu’il dispose simplement que la réserve modifie (ou exclut) « les dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, dans la mesure prévue par cette réserve ». Si une réserve peut donc valablement viser à modifier les effets juridiques de l’ensemble des dispositions du traité sous certains aspects particuliers, comme la Commission l’a

même sens, voir M. Briggs (ibid., par. 13).

³⁹⁸ Voir M. Briggs (ibid., 800^e séance, 11 juin 1965, p. 190, par. 28).

³⁹⁹ Voir P.-H. Imbert (voir note 350), p. 15 (en italique dans le texte).

⁴⁰⁰ Voir troisième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/491/Add.3 et Corr.1, par. 154 (en italique dans le texte).

⁴⁰¹ Voir P.-H. Imbert (voir note 350), p. 14 et 15; R. Szafarz, « Reservations to Multilateral Treaties », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1970, p. 296. Voir également A. Pellet, troisième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/491/Add.3 et Corr.1, par. 156. Voir cependant D. N. Hylton qui soutient que « [r]eservations modify a treaty only in regard to specific provisions » (« Default Breakdown: The Vienna Convention on the Law of Treaties: Inadequate Framework on Reservations », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 27, 1994, n^o 2, p. 422).

⁴⁰² Voir la directive 1.1.1 (Objet des réserves), *Annuaire ... 1999*, vol. II, deuxième partie, p. 99, par. 6 et 7.

⁴⁰³ Ibid., par. 5.

clairement admis dans la directive 1.1.1 (Objet des réserves)⁴⁰⁴, elle aura pour effet, une fois établie, de modifier toutes ces dispositions conformément à l'article 21, paragraphe 1, voire, selon le cas, l'ensemble des dispositions du traité⁴⁰⁵.

260. Il s'ensuit que la réserve valablement établie affecte les relations conventionnelles de l'auteur de la réserve en ce qu'elle exclut ou modifie les effets juridiques d'une disposition ou des dispositions du traité, voire du traité dans son ensemble, sur un aspect particulier et sur la base de la réciprocité⁴⁰⁶.

261. Suivant la pratique bien établie suivie par la Commission dans le cadre du Guide de la pratique, il convient par conséquent d'y insérer une directive 4.2.4 qui reprend largement l'article 21, paragraphe 1 a), de la Convention de Vienne de 1986 tout en précisant que la réserve ne modifie pas la disposition du traité concerné, mais ses effets juridiques⁴⁰⁷ :

4.2.4 Contenu des relations conventionnelles

Une réserve établie à l'égard d'une autre partie, modifie pour l'État ou pour l'organisation internationale auteur de la réserve dans ses relations avec cette autre partie les effets juridiques des dispositions du traité sur lesquelles porte la réserve, dans la mesure prévue par cette réserve.

262. Afin de clarifier davantage le contenu des obligations et droits de l'auteur de la réserve et de l'État ou de l'organisation internationale à l'égard desquels la réserve est établie, il est judicieux de distinguer entre, pour utiliser les termes de F. Horn, d'une part les « *modifying reservations* » [réserves à effet modificateur] et, d'autre part, les « *excluding reservations* » [réserves à effet d'exclusion]⁴⁰⁸. La distinction n'est certainement pas toujours aisée. Ainsi, une réserve par laquelle son auteur vise à limiter le champ d'application d'une obligation conventionnelle à une certaine catégorie de personnes seulement peut être comprise aussi bien comme une réserve à effet modificateur (elle modifie l'effet juridique de l'obligation initiale en limitant le cercle de personnes concernées) que comme une réserve à effet d'exclusion (elle vise à exclure l'application de l'obligation conventionnelle pour toutes les personnes qui ne font pas partie de la catégorie déterminée)⁴⁰⁹. La distinction

⁴⁰⁴ La directive 1.1.1 (Objet des réserves) se lit : « Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule » (*Annuaire ... 1999*, vol. II, deuxième partie, p. 98).

⁴⁰⁵ P. de Cesari a écrit à ce sujet que « [m]ediante le riserve, gli Stati possono produrre l'effetto di restringere il campo d'applicazione materiale o soggettivo della convenzione, fino all'esclusione di una o più disposizioni dell'accordo o alla non applicazione per determinati soggetti, oppure manifestare la volontà di accettare le disposizioni con modalità restrittive o con limiti di ordine temporale o territoriale » [« Par le biais des réserves, les États peuvent réduire le champ d'application matériel ou subjectif du traité jusqu'à l'exclusion d'une ou de plusieurs dispositions du traité ou sa non-application à des sujets déterminés ou encore ils peuvent manifester la volonté d'accepter les dispositions du traité selon des modalités restrictives ou en les assortissant de limites de nature temporelle ou territoriale (traduction du Rapporteur spécial)] (« Riserve, dichiarazioni e facoltà delle convenzioni dell'Aja di diritto internazionale privato », dans T. Treves (éd.), « Six Studies on Reservations », *Comunicazioni e Studi*, vol. XXII, 2002, p. 167, par. 8).

⁴⁰⁶ Sur la question de la réciprocité, voir par. 272 à 290 ci-dessous.

⁴⁰⁷ Voir par. 258 ci-dessus.

⁴⁰⁸ Voir F. Horn (voir note 343), p. 80 à 87.

⁴⁰⁹ Voir par exemple la réserve égyptienne à la Convention de Vienne sur les relations consulaires : « L'article 49 relatif à l'exemption fiscale ne s'appliquera qu'aux fonctionnaires consulaires, à leur

permet cependant de cerner plus clairement les deux hypothèses les plus courantes. La grande majorité des réserves peut être classée dans ou dans l'autre de ces catégories ou, du moins, comprise à travers cette distinction.

263. Dans le cas des réserves à effet d'exclusion, l'auteur de la réserve vise à exclure l'effet juridique d'une ou de plusieurs dispositions du traité. Les exemples en sont nombreux⁴¹⁰. Une réserve à effet d'exclusion particulièrement souvent utilisée est celle relative aux procédures obligatoires de règlement de différends. Ainsi, le Pakistan a notifié au Secrétaire général la réserve suivante lors de son adhésion Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme intervenu le 17 juin 2009 :

Le Gouvernement de la République islamique du Pakistan ne se considère pas lié par les dispositions du paragraphe 1 de l'article 24 de la Convention [...]. Le Gouvernement de la République islamique du Pakistan déclare qu'un différend ne peut être soumis à la Cour internationale de Justice que si toutes les parties en présence ont donné leur accord pour l'affaire en question⁴¹¹.

264. Un grand nombre de réserves visent également à exclure l'application de dispositions matérielles du traité. L'Égypte a par exemple formulé une réserve à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques visant à exclure l'effet juridique de l'article 37, paragraphe 2 :

Le paragraphe 2 de l'article 37 ne s'applique pas⁴¹².

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

Le Gouvernement révolutionnaire de la République de Cuba fait une réserve expresse en ce qui concerne la troisième phrase du paragraphe 1 de l'article 25 et, en conséquence, n'accepte pas que le consentement du chef de la mission spéciale puisse être présumé acquis dans les cas visés audit paragraphe ni dans aucun autre cas⁴¹³.

Ou encore, le Gouvernement du Rwanda a formulé une réserve à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale libellée ainsi :

La République rwandaise ne se considère pas comme liée par l'article 22 de ladite Convention⁴¹⁴.

265. L'application de l'article 21, paragraphe 1 a), des Conventions de Vienne à ce genre de réserve est relativement aisée. La réserve établie modifie l'effet juridique

conjoint et à leurs enfants mineurs. Cette exemption ne peut être étendue aux employés consulaires, ni aux membres du personnel de service » [disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org> (*État des traités (TMDSG)*, chap. III, 6)].

⁴¹⁰ Voir aussi la directive 1.1.8 et son commentaire (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 205 à 221.

⁴¹¹ Voir également les réserves comparables de l'Algérie, de l'Andorre, de l'Arabie saoudite, du Bahreïn, du Bangladesh, de la Chine, de la Colombie, de Cuba, de l'Égypte, d'El Salvador, des Émirats arabes unis, des États-Unis d'Amérique, etc. [Disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org> (*État des traités (TMDSG)*, chap. XVIII.11)].

⁴¹² <http://treaties.un.org> (*État des traités (TMDSG)*, chap. III.3). Voir également la réserve formulée par le Maroc (ibid.).

⁴¹³ Ibid. (chap. III, 9).

⁴¹⁴ Ibid. (chap. IV, 2).

de la disposition conventionnelle concernée par la réserve « dans la mesure prévue par cette réserve », c'est-à-dire en excluant purement et simplement tout effet juridique de la disposition conventionnelle. Une fois la réserve établie, tout se passe comme si le traité n'incluait pas la disposition visée par la réserve dans les relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et les parties l'ayant acceptée. Les réserves à effet d'exclusion produisent donc un « *contraregulatory effect* »⁴¹⁵ [effet dérégulateur (traduction du Rapporteur spécial)]. L'auteur de la réserve n'est plus lié par l'obligation découlant de la disposition conventionnelle concernée, ce qui ne l'empêche nullement de s'y conformer (et d'y être tenu si la norme conventionnelle énonce une obligation coutumière). Logiquement, les autres États ou organisations internationales à l'égard desquels la réserve est établie ont, de par leur acceptation, pros crit leur droit de demander l'exécution de l'obligation découlant de la disposition conventionnelle concernée dans le cadre de leur relation conventionnelle avec l'auteur de la réserve.

266. Ceci montre d'ailleurs que l'exclusion d'une obligation découlant d'une disposition du traité par une réserve ne signifie pas automatiquement que l'auteur de la réserve refuse de remplir l'obligation. L'auteur de la réserve peut justement vouloir exclure l'application de l'obligation conventionnelle dans le cadre juridique établi par le traité. Un État ou une organisation internationale peut être tout à fait d'accord avec une norme enfermée dans une disposition du traité, mais refuser néanmoins la compétence d'un organe conventionnel ou d'une instance judiciaire pour l'application et l'interprétation de cette norme. Bien qu'il reste alors entièrement libre de se conformer à l'obligation établie dans le cadre du traité, il exclut néanmoins l'opposabilité des mécanismes de contrôle établis par le traité⁴¹⁶.

267. Il paraît donc utile de préciser l'effet d'exclusion produit par de telles réserves. Tel est l'objet de la directive 4.2.5 qui ne constitue pas une alternative à la directive 4.2.4, mais tente d'en préciser le sens pour une catégorie déterminée de réserves.

4.2.5 Exclusion de l'effet juridique d'une disposition du traité

Une réserve établie à l'égard d'une autre partie et qui vise à exclure l'effet juridique d'une disposition du traité rend cette ou ces dispositions conventionnelles inapplicables dans les relations entre l'auteur de la réserve et l'autre partie.

L'auteur de la réserve établie n'est pas tenu de respecter l'obligation imposée par la ou les dispositions conventionnelles concernées dans les relations conventionnelles entre lui et les États et organisations internationales à l'égard desquels la réserve est établie.

L'État ou l'organisation internationale à l'égard desquelles la réserve est établie ne peut se prévaloir du droit prévu par la disposition concernée dans le cadre de ses relations conventionnelles avec l'auteur de la réserve.

268. L'effet concret d'une réserve à effet modificateur est sensiblement différent. Contrairement aux réserves à effet d'exclusion, l'auteur de la réserve ne vise pas à

⁴¹⁵ Voir F. Horn (voir note 343), p. 84.

⁴¹⁶ Voir également la directive 3.1.8 (Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière) et son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, p. 92 à 102, et notamment par. 7) du commentaire.

se dégager de ses obligations découlant d'une ou de plusieurs dispositions conventionnelles pour retrouver une liberté d'action dans le cadre juridique conventionnel. Il vise plutôt à remplacer l'obligation découlant du traité par une autre, différente. Un exemple parlant de ce type de réserves est constitué par la réserve de la République fédérale d'Allemagne à la Convention sur les substances psychotropes :

En République fédérale d'Allemagne, au lieu de procéder à l'enregistrement mentionné [dans le paragraphe 2 de l'article 11 de ladite Convention], les fabricants, distributeurs en gros, exportateurs et importateurs accompagnent d'une indication spéciale les postes qui, sur leurs factures, ont trait aux substances et préparations du tableau III. Les factures et les bons de livraison contenant de tels postes spécialement repérés sont conservés pendant au moins cinq ans par les personnes en question⁴¹⁷.

Par cette réserve, l'Allemagne ne vise donc pas seulement d'exclure l'application de l'article 11, paragraphe 2, de la Convention sur les substances psychotropes, mais remplace l'obligation découlant de cette disposition par une autre, différente.

269. Un autre exemple qui montre clairement que l'auteur de la réserve ne se délie pas purement et simplement de l'obligation qui lui incombe en vertu du traité, mais remplace cette dernière par une autre obligation est constitué par la réserve finlandaise à l'article 18 de la Convention sur la signalisation routière de 1968 :

La Finlande se réserve le droit de ne pas utiliser les signaux E,9a ou E,9b aux accès des agglomérations, ni les signaux E,9c ou E,9d aux sorties des agglomérations. Des symboles sont utilisés en lieu et place de ces signaux. Un signal est utilisé à la place du signal E,9b pour indiquer le nom, mais il n'a pas la même signification que le signal E,9b⁴¹⁸.

270. De par une telle réserve à effet modificateur, l'auteur, une fois la réserve établie, se ne retrouve donc pas simplement délié de toute obligation conventionnelle découlant de la réserve. La réserve a pour effet de remplacer l'obligation initialement prévue par le traité par une autre qui, elle, est prévue par la réserve. En d'autres termes, l'obligation découlant de la disposition du traité visée par la réserve est remplacée ou modifiée par celle qu'énonce la réserve dans les relations conventionnelles entre son auteur et l'État ou l'organisation internationale à l'égard desquels la réserve est établie; ou, plus exactement, la réserve établie aboutit au remplacement de l'obligation et du droit corrélatif découlant de la disposition du traité concernée par l'obligation et le droit corrélatif prévue par la réserve ou découlant de la disposition du traité telle que modifiée par la réserve.

271. La directive 4.2.6 précise donc la directive 4.2.4 en explicitant l'effet d'une réserve à effet modificateur sur le contenu des relations conventionnelles :

4.2.6 Modification de l'effet juridique d'une disposition du traité

Une réserve établie à l'égard d'une autre partie et qui vise à modifier l'effet juridique d'une disposition du traité a pour effet de substituer les droits et obligations prévus par la disposition telle que modifiée par la réserve aux

⁴¹⁷ Disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org> (*État des traités (TMDSG)*, chap. VI, 16).

⁴¹⁸ Ibid. (chap. XI, B.20).

droits et obligations découlant de la disposition conventionnelle sur laquelle porte la réserve dans les relations entre l'auteur de la réserve et l'autre partie.

L'auteur de la réserve établie est tenu de respecter l'obligation découlant de la disposition ou des dispositions conventionnelles modifiées par la réserve dans les relations conventionnelles entre lui et les États et organisations internationales à l'égard desquels la réserve est établie.

L'État ou l'organisation internationale à l'égard desquels la réserve est établie peut se prévaloir du droit découlant de la disposition conventionnelle modifiée par la réserve dans le cadre de ses relations conventionnelles avec l'auteur de celle-ci.

272. Dès lors que la réserve a été « établie », elle ne peut pas seulement être invoquée par son auteur, mais également par toute autre partie vis-à-vis de laquelle elle a acquis ce statut. La réserve crée un système normatif particulier entre son auteur et les parties à l'égard desquelles elle est établie, qui s'applique sur une base de réciprocité. Sir Humphrey Waldock a expliqué à cet égard que « reservations always works both ways » [des réserves fonctionnent toujours dans les deux sens (traduction du Rapporteur spécial)]⁴¹⁹. Cette idée se retrouve dans l'article 21, paragraphe 1 b), qui prévoit dans sa version de 1986 :

1. Une réserve établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 :

a) [...]

b) Modifie [l]es dispositions [du traité sur lesquelles elle porte] dans la même mesure pour cette autre partie dans ses relations avec l'État ou avec l'organisation internationale auteur de la réserve ».

273. Il en résulte que l'auteur de la réserve n'est pas seulement délié du respect des obligations conventionnelles sur lesquelles porte la réserve; il est de surcroît privé du droit d'exiger de l'État ou de l'organisation internationale à l'égard duquel ou de laquelle la réserve est établie que celui-ci ou celle-ci s'acquitte des obligations conventionnelles réservées.

274. Ce principe de réciprocité découle du bon sens⁴²⁰. En effet, le système normatif régissant les relations conventionnelles entre les deux États concernés reflète le dénominateur commun de leurs engagements respectifs résultant de la rencontre – quoique partielle – de leurs volontés⁴²¹. Il « découle directement du

⁴¹⁹ « General Course on Public International Law », *RCADI*, tome 106, 1962-II, p. 87.

⁴²⁰ D. Anzilotti a considéré que « l'effetto della riserva è che lo Stato riservante non è vincolato dalle disposizioni riservate: *naturalmente*, le altre parti non sono vincolate verso di lui, di guisa che, nei rapporti tra lo Stato riservante e gli altri, le disposizioni riservate sono come se non facessero parte del trattato » [« l'effet de la réserve est que l'État réservataire n'est pas lié par les dispositions sur lesquelles porte la réserve : *bien entendu*, les autres parties ne sont pas liées à son égard; en revanche, dans les rapports entre l'État réservataire et les autres, les dispositions sur lesquelles portent la réserve sont comme si elles ne faisaient pas partie du traité (traduction du Rapporteur spécial)] [*Corso di diritto internazionale*, vol. 1 (Introduzione – Teorie generali), CEDAM, Padova, 1955, p. 335 (italiques ajoutées)].

⁴²¹ R. Baratta, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, A. Giuffrè, Milan, 1999, p. 291 : « Si è poi visto che l'orientamento che emerge della pratica internazionale appare in sintonia con il principio consensualistico posto a fondamento del diritto dei trattati: la norma riservata è priva di giuridicità non essendosi formato l'accordo fra tali soggetti a causa dell'apposizione della

caractère consensuel des relations conventionnelles »⁴²² qui imprègne tout le régime général des réserves de la Convention de Vienne. Sir Humphrey dans son premier rapport sur le droit des traités dans lequel il a expliqué que

[l]a réserve produit effet entre l'État qui a formulé la réserve et toute autre partie au traité et inversement, de sorte que ledit État et ladite partie se trouvent soustraits, dans leurs relations mutuelles, à l'application des dispositions sur lesquelles porte la réserve⁴²³.

La Cour internationale de Justice a présenté le problème de l'application réciproque des déclarations facultatives de la compétence obligatoire prévue par l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour d'une façon comparable, bien que de manière légèrement différente. Dans son arrêt relatif à l'affaire des *Emprunts norvégiens*, elle a considéré que

comme il s'agit de deux déclarations unilatérales, cette compétence lui est conférée seulement dans la mesure où elles coïncident pour la lui conférer. Or, la comparaison des deux déclarations montre que la déclaration française accepte la juridiction de la Cour dans des limites plus étroites que la déclaration norvégienne; par conséquent, la volonté commune des Parties, base de la compétence de la Cour, existe dans ces limites plus étroites indiquées par la réserve française⁴²³.

275. La réciprocité des effets de la réserve rééquilibre également les inégalités créées par la réserve dans les relations bilatérales entre l'auteur de la réserve et les autres États ou organisations internationales à l'égard desquelles la réserve est établie. Ces derniers ne peuvent pas, par le mécanisme des réserves, se trouver liés par plus d'obligations vis-à-vis de l'auteur de la réserve que ce dernier n'est prêt à en assumer pour son propre compte⁴²⁴. Le Professeur Simma a considéré à cet égard :

Wer sich bestimmten Vertragsverpflichtungen durch einen Vorbehalt entzogen hat, kann selbst auch nicht verlangen, im Einklang mit den vom Vorbehalt erfassten Vertragsbestimmungen behandelt zu werden [Celui qui s'est libéré de certaines obligations conventionnelles par une réserve, ne peut pas réclamer d'être traité conformément aux dispositions conventionnelles qui ont fait l'objet de la réserve (traduction en vue du rapport)]⁴²⁵.

riserva stessa. » [On a vu en outre que la tendance qui se dégage de la pratique internationale apparaît en symbiose avec le principe consensuel, élément fondamental du droit des traités : la norme qui fait l'objet de la réserve se trouve privée de juridicité, faute d'accord entre sujets de droit en cause du fait de la formulation de la réserve elle-même. (traduction du Rapporteur spécial)].

⁴²² Sir Humphrey Waldock, premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 78, par. 21. La Commission du droit international a fait sienne cette explication dans les commentaires du projet d'article 19 (qui devient l'article 21) adopté en deuxième lecture (*Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227, par. 1 du commentaire).

⁴²³ Arrêt du 6 juillet 1957, *Certains emprunts norvégiens*, *CIJ Recueil 1957*, p. 23.

⁴²⁴ Voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 224, par. 13 du commentaire des projets d'article 16 et 17. R. Baratta a soutenu à juste titre que la réciprocité des effets de la réserve s'est révélée être un « strumento di compensazione nelle mutue relazioni pattizie tra parti contraenti; strumento che è servito a ristabilire la parità nel *quantum* degli obblighi convenzionali vicendevolmente assunto, parità unilateralmente alterata da una certa riserva » (voir note 421), p. 292.

⁴²⁵ *Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, p. 60.

276. L'application réciproque d'une réserve découle directement de l'idée de la réciprocité des engagements internationaux, du donnant-donnant entre les parties et est conforme à la maxime *do ut des*.

277. En outre, la réciprocité des effets de la réserve joue un rôle régulateur, voire dissuasif, non négligeable dans l'exercice de la liberté, largement reconnue, de formuler une réserve : l'auteur de la réserve doit avoir à l'esprit que celle-ci ne produit ses effets pas exclusivement en sa faveur, mais qu'il court également le risque qu'elle soit invoquée contre lui. Sir Humphrey a écrit à ce sujet :

There is of course another check upon undue exercise of the freedom to make reservations in the fundamental rule that a reservation always works both ways, so that any other State may invoke it against the reserving State in their mutual relations⁴²⁶.

[Il existe bien sûr un contrepoids à l'usage inapproprié de la faculté de faire des réserves du fait de la règle fondamentale selon laquelle une réserve fonctionne toujours dans les deux sens, de telle sorte que tout autre État peut l'invoquer à l'encontre de l'État réservataire dans leurs relations mutuelles (traduction du Rapporteur spécial)].

L'application réciproque est donc à double tranchant et « contribue significantly to resolving the inherent tension between treaty flexibility and integrity »⁴²⁷ [contribue de manière significative à résoudre la tension inhérente entre la souplesse et l'intégrité du traité (traduction du Rapporteur spécial)]. D'une certaine manière, ce principe apparaît comme le complément de l'exigence de la validité de la réserve et souvent bien plus efficace que cette dernière, en raison de la détermination incertaine de cette validité dans bon nombre de cas. La multiplication des réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme, dans le cadre desquels le principe de réciprocité ne joue que marginalement⁴²⁸, s'explique probablement en partie par le lien existant entre la formulation des réserves et leur application réciproque⁴²⁹ : lorsque la réciprocité ne joue pas, les réserves sont plus nombreuses.

278. Plusieurs clauses de réserves font ainsi expressément référence au principe de l'application réciproque des réserves⁴³⁰, tandis que d'autres traités rappellent le

⁴²⁶ Voir note 419. Voir également F. Parisi, C. Ševcenko, « Treaty Reservations and the Economics of Article 21 (1) of the Vienna Convention », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, p. 1 à 26.

⁴²⁷ Ibid. Voir également R. Baratta (note 421), p. 295 et 296.

⁴²⁸ Voir par. 285 ci-dessous.

⁴²⁹ F. Parisi, C. Ševcenko (voir note 426).

⁴³⁰ Tel était déjà le cas de l'article 20, al. 2, de la Convention de la Haye sur les conflits de lois en matière de nationalité de 1930 (« Les dispositions ainsi exclues ne pourront être opposées à la Partie Contractante ayant formulé de telles réserves ni invoquées par elle contre une autre Partie Contractante ». On en trouve d'autres exemples dans les Conventions de la Conférence de droit international privé de la Haye (voir sur ces clauses de réserves, F. Majoros, « Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de la Haye », *Clunet*, 1974, p. 90 et suivantes), dans plusieurs conventions conclues au sein de la Commission économique pour l'Europe (voir P.-H. Imbert (voir note 350), p. 188 à 191 et p. 251) et dans certaines conventions élaborées et conclues au sein du Conseil de l'Europe. Le Modèle de clauses finales pour les conventions et accords conclus au sein du Conseil de l'Europe adopté par le Conseil de Ministres en 1980 propose en effet la disposition suivante concernant la réciprocité des effets d'une réserve : « La Partie qui a formulé une réserve au sujet d'une disposition [de l'Accord concerné] ne peut prétendre à l'application de cette disposition par une autre Partie; toutefois, elle peut, si la réserve est partielle ou conditionnelle,

principe de l'application réciproque dans des termes plus généraux⁴³¹. De telles clauses expresses apparaissent cependant comme superflues⁴³². Le principe de réciprocité est en effet reconnu non seulement comme un principe général⁴³³, mais également comme un principe d'application automatique ne nécessitant ni clause spécifique dans le traité, ni déclaration unilatérale de la part des États ou organisations internationales ayant accepté la réserve en ce sens⁴³⁴.

279. Le projet d'article 21 adopté en première lecture en 1962 par la Commission n'était cependant pas très clair sur la question de l'automaticité du principe de réciprocité en ce qu'il disposait que la réserve aurait pour effet de « permettre, par voie de réciprocité, à tout autre État partie au traité de se prévaloir de cette modification dans ses relations avec l'État qui a formulé la réserve »⁴³⁵. Cette formulation de la règle laissait entendre que les États cocontractants devaient se prévaloir de la réserve afin de bénéficier des effets de la réciprocité. Suite aux observations des États-Unis et du Japon⁴³⁶, le texte a été remanié de façon à établir que la réserve produit le même effet pour l'État réservataire et pour l'État l'ayant acceptée *ipso jure*⁴³⁷. Le texte finalement retenu par la Commission du droit international en 1965 exprime ainsi clairement l'idée d'automatisme, même s'il a encore subi quelques ajustements rédactionnels⁴³⁸.

280. Ceci ne signifie cependant pas que le principe de la réciprocité est absolu, loin de là. Bien qu'il constitue aujourd'hui, et sous couvert de l'article 21, paragraphe 1, la

prétendre à l'application de cette disposition dans la mesure où elle l'a acceptée » (art. e), par. 3). Voir aussi F. Horn (voir note 343), p. 146 et 147.

⁴³¹ Voir par exemple l'article 18 de la Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger (« Une Partie contractante ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres Parties contractantes que dans la mesure où elle est elle-même liée par la présente Convention. ») ou encore l'article XIV de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (« Un État contractant ne peut se réclamer des dispositions de la présente Convention contre d'autres États contractants que dans la mesure où il est lui-même tenu d'appliquer cette convention. »).

⁴³² P.-H. Imbert (voir note 350), p. 252; F. Majoros (voir note 430), p. 83 et 109. L'auteur critique ainsi la suggestion tendant à introduire dans les traités des clauses réitérant le principe de réciprocité « pour des raisons de clarté et de stabilité juridique » (ibid., p. 81).

⁴³³ F. Majoros (voir note 430), p. 83 et 109; R. Baratta (voir note 421), p. 243 et suivantes; F. Horn (voir note 343), p. 148; voir aussi B. Simma (voir note 425), p. 60 à 61.

⁴³⁴ R. Baratta (voir note 421), p. 227 et suivantes et p. 291; F. Majoros (voir note 430), p. 83 et 109; F. Parisi, C. Ševcenko (voir note 426). Il est cependant arrivé que les États, pour de simples raisons de précaution, aient assorti leurs acceptations de la condition de l'application réciproque de la réserve. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre les déclarations américaines en réponse aux réserves de l'URSS et de la Roumanie à la Convention sur la circulation routière de 1949 par lesquelles le Gouvernement des États-Unis a précisé qu'il « n'a pas d'objection à [ces] réserve[s], mais considère qu'il est en mesure d'appliquer [ces] réserve[s] dans des conditions de réciprocité, à l'égard de [leurs États auteurs respectifs] et déclare par les présentes qu'il compte le faire » (disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org> (*État des traités (TMDSG)*, chap. XI, B.1).

⁴³⁵ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 200.

⁴³⁶ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 322 et 345. Voir aussi les commentaires de l'Autriche (ibid., p. 308).

⁴³⁷ Voir quatrième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/177 et Add.1 et 2, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 58.

⁴³⁸ Pour le texte final du projet d'article 19, voir *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227.

règle générale, il n'en est pas moins assorti d'importantes exceptions⁴³⁹ qui découlent soit du contenu même de la réserve, soit du contenu ou de la nature du traité.

281. Le principe de réciprocité ne peut pas trouver à s'appliquer dans les cas où un rééquilibrage entre les obligations de l'auteur de la réserve et de l'État ou de l'organisation internationale à l'égard desquels la réserve est établie n'est pas nécessaire ou se révèle impossible.

282. Cette situation se présente par exemple pour des réserves qui visent à restreindre l'application territoriale du traité. Une application réciproque d'une telle réserve n'est tout simplement pas possible en pratique⁴⁴⁰. Pareillement, une application réciproque des effets de la réserve est également exclue si la réserve a été motivée par des particularités se présentant spécifiquement dans l'État auteur de la réserve⁴⁴¹. Ainsi, la réserve formulée par le Canada à la Convention sur les substances psychotropes de 1971, visant à exclure le peyotl⁴⁴², de l'application de la Convention, ne peut certainement pas être invoquée par une autre partie à la Convention en sa faveur; elle n'a été formulée qu'en raison de la présence sur le territoire canadien des groupes qui utilisent, dans leurs rites magiques ou religieux, certaines substances psychotropes qui tomberaient normalement sous le régime de la Convention⁴⁴³.

283. Le principe de l'application réciproque des réserves peut également être limité par les clauses de réserve contenues dans le traité lui-même. C'est par exemple le cas de la Convention sur les facilités douanières en faveur du tourisme et de son Protocole additionnel de 1954. L'article 20, paragraphe 7, de cette Convention prévoit que

les États contractants ne sont pas tenus d'accorder à l'État auteur d'une réserve les avantages prévus dans les dispositions de la Convention qui ont fait l'objet de ladite réserve. Tout État qui aura recours à cette faculté en avisera le Secrétaire général. Le Secrétaire général en informera alors les États signataires et contractants⁴⁴⁴.

Même si cette clause particulière n'exclut pas en soi le principe de l'application réciproque, elle le prive de son automaticité en ce qu'il est soumis à une notification de la part de l'État acceptant. De telles notifications ont été faites par les États-Unis en ce qui concerne les réserves formulées par la Bulgarie, l'URSS et la Roumanie au mécanisme de règlement des différends prévu par l'article 21 de la même Convention⁴⁴⁵.

284. Dans d'autres cas, ce ne sont pas les clauses ou les dispositions du traité qui infirment l'application du principe de réciprocité, mais la nature et l'objet du traité

⁴³⁹ B. Simma (voir note 425), p. 61; R. Baratta, (voir note 421), p. 292; D. W. Greig, « Reservations: Equity as a Balancing Factor? », *Australian Year Book of International Law*, vol. 16, 1995, p. 139; F. Horn (voir note 343), p. 148 et suivantes.

⁴⁴⁰ P.-H. Imbert (voir note 350), p. 258; B. Simma (voir note 425), p. 61.

⁴⁴¹ F. Horn (voir note 343), p. 165 et 166; P.-H. Imbert (voir note 350), p. 258 à 260. Voir cependant les considérations plus prudentes à l'égard de ces hypothèses, formulées par F. Majoros (voir note 430), p. 83 et 84.

⁴⁴² Il s'agit d'une espèce de petit cactus ayant des effets psychotropes hallucinogènes.

⁴⁴³ Disponible à l'adresse suivante : <http://treaties.un.org> (*État des traités (TMDSG)*, chap. VI, 16).

⁴⁴⁴ Ibid., chap. XI, A.6.

⁴⁴⁵ Ibid., chap. XI, A.6 et A.7. Voir R. Riquelme Cortado (voir A/CN.4/614/Add.1, note 211), p. 212 (note 44).

et des obligations qu'il contient. Le principe de réciprocité est en effet conditionné par l'application réciproque des dispositions et des obligations du traité. Si le traité n'est pas lui-même basé sur la réciprocité des droits et obligations entre les parties, une réserve ne peut pas non plus produire un tel effet réciproque.

285. Un exemple typique est constitué par les conventions relatives à la protection des droits de l'homme⁴⁴⁶. Le fait qu'un État formule une réserve excluant l'application d'une des obligations contenues dans une telle convention ne libère pas l'État l'acceptant de respecter cette obligation, et ce malgré la réserve. Ces obligations ne sont en effet pas appliquées dans une relation interétatique entre l'État réservataire et l'État qui a accepté la réserve, mais simplement dans une relation État – être humain. Le Comité des droits de l'homme a considéré à cet égard dans son observation générale n° 24 :

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 États⁴⁴⁷.

Pour cette raison, continue le Comité, les instruments relatifs aux droits de l'homme et « le Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] tout particulièrement, ne constituent pas un réseau d'échanges d'obligations interétatiques. Ils visent à reconnaître des droits aux individus. Le principe de la réciprocité interétatique ne s'applique pas »⁴⁴⁸.

286. Les traités relatifs à la protection des droits de l'homme ne sont cependant pas les seuls qui ne se prêtent pas au jeu de la réciprocité. Un tel effet est également absent dans les traités établissant des obligations dues à la communauté des États contractants. On peut en trouver des exemples dans les traités concernant les produits de base⁴⁴⁹, dans les traités relatifs à la protection de l'environnement, dans certains traités de démilitarisation ou de désarmement⁴⁵⁰ et aussi dans des traités portant loi uniforme en droit international privé⁴⁵¹.

287. Dans toutes ces situations, la réserve ne peut pas produire un effet réciproque dans les relations bilatérales entre son auteur et l'État ou l'organisation internationale à l'égard desquels elle est établie. Une telle relation bilatérale n'existe pas entre les deux États. Un État partie ne doit pas individuellement le respect de l'obligation à un autre État partie et ce dernier n'a pas individuellement un droit concernant le respect de l'obligation. Ainsi, l'effet inversé de la réserve n'a

⁴⁴⁶ Voir premier rapport sur le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, A/CN.4/470, *Annuaire ... 1995*, vol. II, première partie, p. 161 et 162, par. 138.

⁴⁴⁷ CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994, par. 8. Voir également M. Coccia, « Reservations to Multilateral Treaties on Human Rights », *California Western International Law Journal*, vol. 15, 1985, n° 1, p. 37; P.-H. Imbert (voir note 350), p. 153; M. Virally, « Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain », *RCADI*, tome 122, 1967-III, p. 26 et 27.

⁴⁴⁸ CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par. 17.

⁴⁴⁹ H. G. Schermers, « The Suitability of Reservations to Multilateral Treaties », *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, vol. VI, 1959, n° 4, p. 356. Voir également D. W. Greig (voir note 439), p. 140.

⁴⁵⁰ F. Horn (voir note 343), p. 164 et 165.

⁴⁵¹ Sur les conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé, voir P. de Cesari (voir note 405), p. 149 à 174, et F. Majoros (voir note 430), p. 73 à 109.

« nothing on which it can ‘bite’ or operate » [rien sur quoi il peut « mordre » ou agir (traduction du Rapporteur special)]⁴⁵².

288. Ceci ne veut cependant pas dire que le principe de réciprocité ne joue aucun rôle dans ces exceptions. En effet, la réserve n’en produira pas moins, au minimum, un effet : même si l’État ou l’organisation internationale qui accepte la réserve, au même titre d’ailleurs que celui ou celle qui formule une objection à son encontre, doit s’acquitter des obligations contenues dans le traité, l’État réservataire n’est pas en droit d’exiger le respect de ces obligations qu’il n’assume pas pour son propre compte. Comme R. Baratta a remarqué à juste titre :

anche in ipotesi di riserve a norme poste dai menzionati accordi l’effetto di reciprocità si produce, in quanto né la prassi, né i principi applicabili in materia inducono a pensare che lo State riservante abbia un titolo giuridico per pretendere l’applicazione della disposizione da esso riservata rispetto al soggetto non autore della riserva. Resta nondimeno, in capo a tutti i soggetti che non abbiano apposto la stessa riserva, l’obbligo di applicare in ogni caso la norma riservata a causa del regime solidaristico creato dall’accordo.

[même dans l’hypothèse de réserves à des règles énoncées par les accords susmentionnés, l’effet de réciprocité se produit car ni la pratique ni les principes applicables en la matière ne donnent à penser que l’État réservataire aurait un titre juridique pour exiger l’application de la disposition sur laquelle porte la réserve de la part du sujet qui n’est pas l’auteur de la réserve. Reste toutefois l’obligation pour tous les sujets qui n’ont pas formulé la réserve d’appliquer dans tous les cas la norme sur laquelle porte la réserve, et cela en raison du régime de solidarité créé par l’accord. (Traduction du Rapporteur spécial)]⁴⁵³.

289. C’est d’ailleurs dans ce sens que la clause-modèle de réciprocité adoptée par le Conseil des Ministres du Conseil de l’Europe en 1980 est conçue :

La Partie qui a formulé une réserve au sujet d’une disposition [de l’Accord concerné] ne peut prétendre à l’application de cette disposition par une autre Partie; toutefois, elle peut, si la réserve est partielle ou conditionnelle, prétendre à l’application de cette disposition dans la mesure où elle l’a acceptée⁴⁵⁴.

290. La directive 4.2.7 rend compte de l’application réciproque de la réserve en reprenant dans une large mesure l’article 21, paragraphe 1 b), de la Convention de Vienne de 1986. Il souligne cependant que cette règle générale est assortie d’exceptions importantes, contrairement à ce que la lecture de l’article 21 des Conventions de Vienne pourrait laisser croire.

⁴⁵² G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, Grotius Publications, Cambridge, 1986, p. 412.

⁴⁵³ R. Baratta (voir note 421), p. 294; D. W. Greig (voir note 439), p. 140.

⁴⁵⁴ Voir note 430.

4.2.7 Application réciproque des effets d'une réserve établie

Une réserve modifie le contenu des relations conventionnelles pour l'État ou l'organisation internationale à l'égard desquels la réserve est établie dans leurs relations avec l'auteur de la réserve dans la même mesure que pour ce dernier, à moins que :

- a) L'application réciproque de la réserve soit impossible en raison de la nature ou du contenu de cette dernière;
 - b) L'obligation conventionnelle sur laquelle porte la réserve ne soit pas due à l'auteur de la réserve individuellement; ou
 - c) L'objet et le but du traité ou la nature de l'obligation sur laquelle porte la réserve excluent toute application réciproque de la réserve.
-