

## QUELLES CONSÉQUENCES POUR LES RÉSERVES NON VALIDES ?

**Mathias FORTEAU**

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense,  
Membre de la Commission du droit international

La question des conséquences des réserves non valides a été, et elle le demeure, parmi les points les plus débattus au cours des travaux de la Commission du droit international (CDI) sur les réserves aux traités. Ce caractère très polémique du sujet s'est confirmé lors du dernier débat de l'automne 2013 au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale qui a vu de nombreuses délégations – parmi la petite trentaine en tout cas qui sont intervenues durant la discussion – commenter et le plus souvent critiquer les choix opérés par la Commission sur ce point<sup>1</sup>. Il n'y a pas lieu d'en être particulièrement surpris dès lors que la Convention de Vienne sur le droit des traités est muette sur le sujet, et que la pratique des Etats est très disparate en la matière. Dans ces circonstances, il n'est guère étonnant que le droit se laisse difficilement saisir et que les Etats restent divisés quant à l'orientation à lui donner en ce domaine.

Les directives de la CDI sur le sujet doivent être lues en conséquence non pas tant comme une tentative de réglementation définitive, mais plutôt comme une série d'orientations proposées aux Etats afin de guider leur pratique à venir : c'est ce que rappelle fort à propos le dernier paragraphe du commentaire des directives du Guide consacrées aux conséquences des réserves non valides<sup>2</sup>. Dans cette mesure-là, il paraît tout à fait opportun de s'essayer à une appréciation critique du Guide afin d'aider encore un peu mieux les acteurs dans la définition de leur pratique. Cela suppose, à titre préliminaire, de rappeler quelles sont les solutions préconisées par la CDI, en soulignant d'ores-et-déjà qu'elles sont le fruit d'un compromis dont l'accouchement a été relativement douloureux au point que le Rapporteur spécial ne paraît pas finalement y reconnaître entièrement son enfant<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> V., au sujet des débats qui se sont tenus les 30 octobre et 1<sup>er</sup> novembre 2013 au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, *supra*, le rapport général d'A. Pellet, II.B, notamment la note de bas de page n° 132. V. également les débats qui ont eu lieu en 2010 (A/C.6/65/SR.19, 25 octobre 2010 ; A/C.6/65/SR.20, 26 octobre 2010 ; et A/C.6/65/SR.21, 27 octobre 2010) ; et les observations écrites des Etats soumises en 2011, A/CN.4/369 et Add. 1.

<sup>2</sup> Guide de la CDI, A/66/10/Add.1, p. 569, par. 55 : « Comme la directive 4.5.3 relève largement du développement progressif du droit international, il semble opportun de laisser la pratique se déployer, sans que l'on puisse exclure que des circonstances diversifiées appellent des solutions variées ».

<sup>3</sup> V. *supra*, le rapport général d'A. Pellet, II.B, qui voit dans la directive 4.5.3 un compromis pragmatique heureux, mais aussi une solution « boiteuse ».

SFDI - Journée de Nanterre

## Les solutions préconisées par la Commission du droit international

Les solutions suggérées par la CDI tiennent en trois points<sup>4</sup>.

La directive 4.5.1 pose le principe selon lequel toute réserve non valide est « nulle de plein droit », et, « en conséquence, dépourvue de tout effet juridique ».

La directive 4.5.2 en tire les conséquences en énonçant que cette nullité ne dépend pas de l'objection ou de l'acceptation d'un Etat contractant ou d'une organisation contractante ; cela étant dit, elle recommande tout de même aux Etats ou organisations internationales d'objecter (de manière motivée) aux réserves qu'ils estiment non valides, et cela dans les meilleurs délais.

La directive 4.5.3, enfin, s'efforce de déterminer, à travers ses quatre paragraphes, le sort de la relation conventionnelle lorsqu'une réserve n'est pas valide.

Elle le fait d'abord en posant le principe selon lequel tout dépend de l'intention de l'Etat réservataire (entendait-il être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve qui s'avère non valide ?) (paragraphe 1). Selon la CDI, l'Etat réservataire peut exprimer « à tout moment » l'intention de ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve (paragraphe 3), sauf dans le cas particulier où un organe de contrôle de l'application du traité a considéré (selon la Commission, a « exprim[é] le point de vue ») que la réserve n'est pas valide, auquel cas l'Etat devrait exprimer son intention de ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve dans un délai de douze mois suivant la date à laquelle l'organe de contrôle s'est prononcé (paragraphe 4).

En principe, donc, tout repose dans le schéma élaboré par la Commission sur l'intention de l'Etat dont la réserve n'est pas valide ou est déclarée comme telle. La CDI assortit toutefois ce principe d'une présomption, que l'on a qualifiée de « positive », au terme de laquelle, à défaut d'intention contraire, l'Etat est réputé lié par le traité sans le bénéfice de la réserve invalide (paragraphe 2). A travers cette présomption, la CDI a consacré la pratique des objections dites à effet super-maximum en vertu desquelles l'Etat ayant formulé une réserve non valide est considéré comme lié par l'ensemble du traité (y compris la disposition ayant fait l'objet de la réserve) alors même qu'il avait initialement conditionné son consentement à la formulation de celle-ci.

Cela étant dit, il faut bien voir que cette présomption est très faiblement présomptueuse : à partir du moment en effet où l'Etat peut exprimer « à tout moment » une intention contraire, cela signifie que le sort du jeu conventionnel

---

<sup>4</sup> Ce qui suit n'est qu'une présentation très générale des directives adoptées par la Commission sur ce sujet précis. Leur compréhension est inséparable de la lecture des commentaires détaillés (courant sur plus de 40 pages) qui les accompagnent (v. les pages 528 à 569 du Guide) et des nombreuses références bibliographiques sur lesquelles les commentaires s'appuient (références bibliographiques que nous ne reproduisons pas systématiquement ici mais dont la lecture a été féconde pour la préparation de cette communication et envers lesquelles nous tenons à manifester ici, en bloc, notre dette). V. également, pour une mise en perspective générale des directives relatives aux conséquences des réserves non valides, *supra*, rapport général d'A. Pellet, II.B, qui reproduit par ailleurs le texte de l'importante directive 4.5.3.

## ACTUALITÉS DES RÉSERVES AUX TRAITÉS

est, en réalité, laissé à sa seule appréciation. Comme l'indique Alain Pellet, le principe selon lequel l'Etat peut à tout moment exprimer son intention de ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve « revient à neutraliser la présomption positive »<sup>5</sup>.

### Absence de pertinence de certaines critiques dirigées contre les directives de la Commission du droit international

Ces directives ont été critiquées à plusieurs égards. Il ne paraît pas utile de revenir ici sur deux des critiques les plus fréquemment avancées à leur endroit, qui nous paraissent manquer leur cible, l'une parce qu'elle ne tient pas compte de ce que dit le Guide, l'autre parce qu'elle développe un discours sur le droit qui ne correspond pas à la pratique.

La première critique tient à une mauvaise formulation de la directive 4.5.3, qui ouvre la porte à une certaine insécurité juridique. Le principe selon lequel l'Etat réservataire pourrait exprimer « à tout moment » son intention de ne pas être lié par le traité est insuffisamment circonscrit en effet, la Commission n'ayant pas indiqué si cette intention aurait un effet *ex nunc* ou un effet *ex tunc*, c'est-à-dire n'a pas déterminé à partir de quand l'Etat doit être considéré ne pas avoir été ou ne pas être lié par le traité sans le bénéfice de la réserve (depuis toujours, ou uniquement depuis qu'il a exprimé son intention de ne pas l'être ?). La critique est parfaitement fondée, mais le fait est que la CDI l'a intégrée au Guide en précisant que ce serait à la pratique de préciser le régime applicable en la matière<sup>6</sup>.

La seconde critique (à laquelle la France, en particulier, attache une grande importance et qu'elle a réitérée à l'automne dernier<sup>7</sup>) consiste à soutenir que l'idée même d'une réserve « non valide » serait impossible en droit international où tout serait soumis au jeu de l'opposabilité, et non de la validité<sup>8</sup>. La critique fait écho à un article bien connu des internationalistes<sup>9</sup> qui a connu en France un retentissement peut-être démesuré.

La critique consiste à prétendre que, parce que le droit international ne peut pas s'appuyer sur un système de juridiction obligatoire, tout serait soumis en son sein (et en particulier dans le domaine des réserves aux traités) au libre jeu des appréciations subjectives des Etats et par conséquent à un simple mécanisme d'opposabilité et jamais de validité. Pareille conception, lorsqu'on la pousse dans

<sup>5</sup> *Supra*, Rapport général d'A. Pellet, II.B.

<sup>6</sup> V. le commentaire de la directive 4.5.3, pars. 53-55, p. 569 du Guide. V. également Compte rendu analytique de la 3123<sup>ème</sup> séance de la CDI, A/CN.4/SR.3123 (2011), pp. 14 et s.

<sup>7</sup> V. la position de la France particulièrement bien exprimée le 1<sup>er</sup> novembre 2013 in [<https://papersmart.unmeetings.org/media2/704083/france.pdf>], pp. 1-2. V. également, *supra*, les citations reproduites dans la note de bas de page n° 18 de la contribution de Raphaële Rivier.

<sup>8</sup> V. également, qui endosse en grande partie cette critique, la contribution *supra* de R. Rivier, II.B ; ainsi que, mais de manière plus ancienne et n'intégrant donc pas la pratique plus récente, G. Gaja, « Unruly Treaty Reservations », *Mélanges Ago*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 313-320.

<sup>9</sup> J. Combacau, « Logique de la validité contre logique de l'opposabilité dans la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Mélanges Virally*, Pedone, 1991, pp. 195-203.

SFDI - Journée de Nanterre

ses retranchements comme mérite de l'être toute affirmation de ce niveau d'abstraction théorique, revient à réduire le droit à ses mécanismes de mise en œuvre et peut-être même à condamner l'idée même d'un *droit* international. Elle aboutit en effet à envisager le droit international comme étant privé de règles juridiques, celui-ci étant ramené aux seules appréciations étatiques de celles-ci. Pour le dire autrement et dans le cas qui nous occupe, *des* parties à un traité seraient parfaitement libres de donner à ses énoncés (par exemple, une clause interdisant une réserve) l'interprétation qu'elles souhaiteraient<sup>10</sup>.

Contre une telle opinion (dont l'on soupçonne d'ailleurs les tenants de n'être pas disposés à assumer toutes les conséquences), il est aisé de faire valoir que ce n'est pas, par exemple, parce qu'elles ne trouvent qu'épisodiquement leur juge que les résolutions du Conseil de sécurité sont soustraites à toute appréciation et à tout jugement de validité ; que les contre-mesures n'échappent pas à tout encadrement par le droit au seul motif que dans la plupart des cas, aucune juridiction ne peut en contrôler la licéité<sup>11</sup> ; ou encore, que l'absence de tout mécanisme contraignant de règlement des différends relatifs à un traité particulier n'a jamais impliqué que le traité ne faisait pas droit.

Plus fondamentalement, critiquer la logique de la validité au motif qu'elle « reflète une pulsion dogmatique de reproduction des structures propres au droit interne »<sup>12</sup> revient précisément à penser le droit international au seul prisme du droit interne en refusant d'imaginer qu'un ordre juridique puisse avoir le génie de marier absence de juridiction obligatoire et régime de validité. Or, rien n'exige que la validité dépende de l'existence systématique d'un juge, sauf à en réduire la définition à la seule acception qu'elle se voit attribuer dans les ordres juridiques internes. Même en l'absence de juge automatiquement compétent (situation qui n'équivaut nullement à une absence absolue de juge, il importe de le souligner), il reste dans la validité quelque chose qui la distingue de l'opposabilité. On répondra que tout dépend du sens que l'on prête aux mots. Mais si le débat se résume à une simple opposition de définitions, il ne mérite pas vraiment qu'on s'y attarde alors.

Réduire, en tout état de cause, le droit des réserves aux seules appréciations relatives du réservataire et de l'acceptant ou de l'objectant revient, ni plus, ni moins, à nier l'existence même d'un droit des réserves, ce qui ne correspond pas à la pratique des Etats, y compris, parmi eux, les farouches défenseurs de la thèse de l'opposabilité. La France elle-même ne s'interdit pas d'objecter à des réserves

---

<sup>10</sup> Des parties à un traité (nous ne visons pas ici le cas, différent, où toutes les parties au traité adopteraient la même position) n'auraient donc pas seulement la faculté d'y déroger par le biais d'un accord particulier, *inter se*, elles seraient également habilitées à lui donner la signification qu'elles veulent dans leurs relations réciproques.

<sup>11</sup> V. à cet égard la démonstration menée par D. Alland dans *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, Paris, 1994, en particulier le chapitre 2 sur la juridicité des contre-mesures. V. également *supra*, le premier apport du Guide mentionné par O. de Frouville dans sa communication à la présente journée d'études. V. également, et en tout état de cause, *infra*, I.B.

<sup>12</sup> J. Combacau, article précité (note 9), p. 200.

#### ACTUALITÉS DES RÉSERVES AUX TRAITÉS

en les qualifiant de contraires à l'objet et au but du traité<sup>13</sup>. Si tout était affaire d'opposabilité, il suffirait à la France d'objecter à la réserve, sans se prononcer sur sa validité. C'est pourtant bien ce qu'elle estime pouvoir faire, à l'instar de la grande majorité des Etats.

La France paraît même tenue dans son ordre interne d'envisager les réserves sous l'angle de leur *validité*. La circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux est dépourvue de toute ambiguïté sur ce point :

« Une réserve ne peut être formulée lorsque l'accord la prohibe expressément. Elle doit rester en outre compatible avec le droit des traités. Ainsi une réserve qui consisterait purement et simplement à écarter telle ou telle disposition du traité ne serait pas admissible. Si la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui, sur ce point, codifie le droit international coutumier, autorise les Etats à formuler des réserves à un accord, c'est en effet à certaines conditions, dont la plus importante est que ces réserves ne soient pas incompatibles avec le but et l'objet de l'accord. Les autres Etats contractants peuvent faire objection à la réserve. L'objection a une portée en fait essentiellement politique, sauf si l'Etat qui l'émet décide en même temps que l'accord dans son ensemble ne s'appliquera pas dans ses rapports avec l'Etat auteur de la réserve. Il convient, dans ces conditions, d'être particulièrement prudent avant de recourir à cette faculté : on ne saurait en effet préjuger la portée qu'attribueraient à une réserve (le cas échéant, contraire à l'objet et au but d'un accord) les organes internationaux éventuellement chargés de l'application de cet accord, ou les juridictions qui seraient saisies de la validité d'une telle réserve. En conséquence, le texte de toute réserve projetée doit être soumis en temps utile à la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères, *afin que celle-ci en apprécie la validité* »<sup>14</sup>.

Cette pratique étatique suffit amplement à justifier le principe de non validité retenu par la Commission du droit international<sup>15</sup>.

Ces critiques mises de côté, l'équilibre auquel la CDI est parvenu dans les directives dédiées aux conséquences des réserves non valides est-il satisfaisant ? Pour en juger, il faut en revenir au but que s'assigne le Guide, à savoir orienter la pratique, et déterminer dans quelle mesure il le satisfait.

Pour ce qui touche aux conséquences des réserves non valides, la CDI a fait le choix d'orienter la pratique à l'aide de principes (plus exactement, à l'aide d'un principe et d'une présomption, comme cela a été rappelé plus haut). Ce choix soulève deux difficultés, qui peuvent expliquer que la pratique des

<sup>13</sup> V. par exemple l'objection de la France du 30 septembre 1999 relative à la réserve du Bangladesh à la convention contre la torture de 1984 : « (...) Le Gouvernement de la France estime la réserve du Bangladesh incompatible avec l'objet et le but du Traité (...) » [réserve et objection disponible à : <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&msgid=IV-9&chapter=4&lang=fr>].

<sup>14</sup> Point VII, *JORF* n°125 du 31 mai 1997, p. 8415 (italiques ajoutés). V. également *infra*, la communication de Jean-Luc Sauron.

<sup>15</sup> V. notamment sur ce point le paragraphe 29 du commentaire de la directive 4.5.1, p. 546 du Guide.

## SFDI - Journée de Nanterre

Etats reste encore disparate sur le sujet<sup>16</sup> : d'une part, les considérations qui ont conduit à l'adoption de ce principe et de cette présomption peuvent être considérées comme faiblement pertinentes, ce qui rejaillit sur la légitimité des solutions proposées par la CDI (I) ; d'autre part, à défaut d'aller au-delà de l'énoncé de ce principe et de cette présomption, le Guide donne une direction générale, mais n'oriente pas vraiment, alors même qu'il aurait pu trouver dans d'autres dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités des sources d'inspiration fécondes (II).

### I. LA SURESTIMATION DES FAUX ENJEUX

Les débats au sein de la CDI (et autour des travaux de la CDI) ont été structurés autour de deux grandes thèses, entre lesquelles la Commission a été sommée de choisir : la thèse de la « séparabilité » (*severability*) selon laquelle le consentement au traité peut être dissocié de la formulation de la réserve et par conséquent la réserve non valide n'affecte pas le consentement au traité, et la thèse du consentement au terme de laquelle le consentement au traité étant conditionné à la réserve, la non validité de celle-ci affecte nécessairement celui-là<sup>17</sup>. Par une sorte d'artifice, la Commission a estimé pouvoir apaiser les tensions entre les deux thèses en estimant qu'elles étaient « conciliables avec le principe de base du droit des traités, à savoir le principe du consensualisme »<sup>18</sup>.

En réalité, la Commission a pris fait et cause pour la seconde thèse en estimant que le principe du consensualisme impliquait que « la clef de la solution réside simplement dans la volonté de l'auteur de la réserve », réduisant ainsi le consensualisme au seul consentement de l'Etat réservataire<sup>19</sup>. Quoiqu'il en soit, l'une et l'autre de ces thèses paraissent assez éloignées des vrais enjeux, pour une raison qu'elles partagent : le caractère trop absolu de leur formulation épouse mal une pratique en forme de dégradé.

A. La thèse de la « séparabilité », qui justifie la présomption positive retenue finalement par la Commission (à défaut d'intention contraire, l'Etat ayant formulé une réserve non valide est lié par le traité sans le bénéfice de la réserve), a le tort de n'envisager qu'une seule issue à la non validité de la réserve : le maintien en vigueur du traité. Il existe pourtant des situations dans lesquelles l'invalidité d'une réserve n'a rien d'évident (par exemple, parce que la teneur de

<sup>16</sup> Un examen de la pratique des Etats en 2012 et 2013 en matière d'objections aux réserves aux conventions droits de l'homme dont le Secrétaire général de l'ONU est le dépositaire révèle que certains s'alignent sur les solutions retenues par le Guide en retenant le principe de la divisibilité (objections à effet super maximum), d'autres se limitent à une objection simple, tandis que l'écrasante majorité des autres parties aux traités en cause restent totalement silencieuses, ce qui peut s'interpréter soit comme une acceptation tacite de la réserve, soit comme le signe que la réserve étant tenue pour non valide, il n'est pas jugé utile d'y objecter.

<sup>17</sup> Pour une présentation de ces deux thèses, v. le commentaire de la directive 4.5.3, pp. 552 et s. du Guide, pars. 2 et s. pour la première thèse, et pars. 13 et s. pour la seconde.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 560, par. 22.

<sup>19</sup> *Id.* Cette option était déjà celle endossée par le Rapporteur spécial en 1997 (v. *Annuaire de la CDI*, 1997, vol. I, pp. 218-219, par. 21).