



Assemblée générale

Distr. générale
1er mai 2000
Français
Original: anglais/français

Commission du droit international

Cinquante-deuxième session

1er mai-9 juin et 10 juillet-18 août 2000

Cinquième rapport sur les réserves aux traités

M. Alain Pellet, Rapporteur spécial

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives	66–213	3
A. Les différentes techniques de modulation ou d'interprétation des engagements conventionnels	71–103	3
1. Diversité des procédés de modulation des effets d'un traité	72–95	4
2. Les procédés d'interprétation d'un traité autres que les déclarations interprétatives	96–103	12
B. La distinction des réserves et des autres procédés de modulation des effets d'un traité	104–210	13
1. Les techniques conventionnelles de modulation des effets d'un traité	109–130	14
a) Les clauses restrictives	110–116	14
b) Les amendements n'entrant en vigueur qu'entre certaines parties à un traité	117–119	17
c) La « bilatérisation » des « réserves »	120–130	19
2. Les déclarations unilatérales visant à la suspension d'un traité ou de certaines de ses dispositions	131–144	23
a) Les notifications de suspension, de dénonciation ou de terminaison d'un traité	132–136	24
b) Les notifications faites en vertu d'une clause de dérogation ou de sauvegarde	137–144	25

3.	Les procédés permettant un choix entre les dispositions d'un traité par une déclaration unilatérale.....	145-210	27
a)	Les déclarations unilatérales excluant l'application de certaines dispositions d'un traité en vertu d'une clause d'exclusion.....	148-178	28
b)	Les déclarations unilatérales acceptant l'application de certaines dispositions d'un traité en vertu d'une clause facultative.....	179-196	41
c)	Les déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité.....	197-210	47
	Conclusion de la première partie.....	211-213	51
Annexe.	Définitions.....	Voir A/CN.4/508/Add.2	

II. Les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives

66. Dès son premier rapport, le Rapporteur spécial mentionnait un certain nombre de problèmes résultant de quelques techniques conventionnelles particulières qui apparaissent comme des institutions « concurrentes » des réserves. Comme elles, ces techniques « visent à moduler la participation aux traités mais, comme elles, [elles] menacent l'universalité des conventions en cause (protocoles additionnels; bilatéralisation; acceptation sélective de certaines dispositions; etc.)¹⁶⁰ ».

67. Comme l'indiquait le deuxième rapport, il paraît utile de lier l'étude de la définition des réserves à celle d'autres procédés qui, tout en n'étant pas des réserves, ont, également « pour objet et pour effet de permettre aux États de moduler les obligations résultant d'un traité auquel ils sont parties; il s'agit là d'alternatives aux réserves et le recours à de tels procédés peut probablement permettre, dans des cas particuliers, de surmonter certains problèmes liés aux réserves¹⁶¹ ».

68. Cette étude, à laquelle est consacré le présent chapitre, poursuit deux objectifs¹⁶². En premier lieu, ces procédés peuvent constituer une source d'inspiration en vue du développement progressif du droit applicable aux réserves. En second lieu, et c'est en cela que leur description doit être rattachée à la définition des réserves, certains de ces procédés sont si proches de celles-ci que l'on peut se demander s'il ne convient pas d'assimiler purement et simplement les uns aux autres. Des projets de directives destinées à faciliter les distinctions entre ces procédés et les réserves à proprement parler complètent les développements; il est proposé de les faire figurer dans le chapitre premier du Guide de la pratique consacré aux « Définitions », qui devrait se trouver ainsi achevé.

69. *Mutatis mutandis*, le problème se pose de la même manière s'agissant des déclarations interprétatives.

70. Pour la commodité de l'exposé, le plus simple est probablement de présenter, dans un premier temps, un panorama rapide des nombreuses techniques destinées à moduler les engagements résultant d'un traité ou permettant d'en préciser l'interprétation (sect. A) puis, dans un second temps, de confronter, de manière plus précise, les réserves, telles qu'elles sont définies dans les projets de directives d'ores et déjà adoptées du Guide de la pratique, à ces procédés alternatifs (sect. B).

A. Les différentes techniques de modulation ou d'interprétation des engagements conventionnels

71. Ni les réserves ni les déclarations interprétatives, telles que les définissent respectivement les sections 1.1 et 1.2 du Guide de la pratique, ne constituent les seuls procédés à la disposition des parties pour, dans le premier cas, moduler les effets des dispositions d'un traité et, dans le second, en clarifier le sens.

¹⁶⁰ A/CN.4/470, par. 149; voir aussi les paragraphes 145 à 147.

¹⁶¹ A/CN.4/477, par. 39.

¹⁶² Voir en ce sens la démarche suivie à propos des Conventions du Conseil de l'Europe par Sia Spiliopoulo Åkermark, « Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe », *I.C.L.Q.* 1999, p. 479 à 514, note, p. 506.

1. Diversité des procédés de modulation des effets d'un traité

72. Non sans raison, dans le premier arrêt qu'elle a rendu, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) s'est refusée « à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou à ne pas faire quelque chose, un abandon de souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation apporte-t-elle une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée, mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État¹⁶³ ».

73. Il n'en reste pas moins qu'une fois conclus par l'effet de l'expression du libre consentement des parties, les traités se révèlent être des « pièges à volonté », dont les États (ou les organisations internationales) ne peuvent « s'échapper » qu'à de très strictes conditions, rarement remplies, codifiées et énumérées limitativement¹⁶⁴ par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

74. Pour éviter ce piège ou, du moins, en atténuer la rigueur, les États et les organisations internationales s'ingénient à préserver leur liberté d'action en limitant les contraintes conventionnelles. Au risque de porter atteinte à la sécurité juridique, « [l']idéal, pour le diplomate et pour l'homme politique, c'est en définitive l'obligation non contraignante¹⁶⁵ ».

75. Cette « préoccupation de chaque gouvernement de préserver sa faculté de rejeter ou d'adopter [et d'adapter] le droit (préoccupation défensive, minimale)¹⁶⁶ » est particulièrement présente dans deux hypothèses : soit lorsque le traité dont il s'agit touche des domaines spécialement sensibles ou comporte des obligations exceptionnellement contraignantes¹⁶⁷, soit lorsqu'il lie des États se trouvant dans des situations très différentes et aux besoins desquels une réglementation uniforme ne répond pas forcément. C'est une considération de ce genre qui a conduit les auteurs de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail (OIT) à préciser :

« En formant une convention ou une recommandation d'une application générale, la Conférence devra avoir égard aux pays dans lesquels le climat, le développement incomplet de l'organisation industrielle ou d'autres circonstances particulières rendent les conditions de l'industrie essentiellement différentes, et elle aura à suggérer telles modifications qu'elle considérerait comme pouvant être nécessaires pour répondre aux conditions propres à ces pays¹⁶⁸. »

76. Selon l'OIT, qui se fonde sur cet article pour justifier le refus des réserves aux conventions internationales du travail :

¹⁶³ Arrêt du 17 août 1923, affaire du Vapeur Wimbledon, *C.P.J.I., série A*, No 1, p. 25.

¹⁶⁴ Cf. l'article 42, par. 1, de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

¹⁶⁵ Michel Virally, « Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités », in Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 7.

¹⁶⁶ Guy de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Economica, Paris, 1983, p. 31.

¹⁶⁷ Tel est le cas, par exemple, des actes constitutifs d'organisations internationales « d'intégration » (cf. les Traités créant les Communautés européennes; voir aussi le Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale).

¹⁶⁸ Art. 19, par. 3. Cet article reprend les dispositions de l'article 405 du Traité de Versailles.

« On peut considérer qu'en imposant ainsi à la Conférence l'obligation de tenir compte, à l'avance, des conditions particulières de chaque pays, les rédacteurs des traités de paix ont entendu interdire aux États d'invoquer, après l'adoption d'une convention, une situation spéciale qui n'aurait pas été soumise à l'appréciation de la Conférence¹⁶⁹. »

Comme dans le cas des réserves, mais par un procédé différent, l'objectif est :

« to protect the integrity of the essential object and purpose of the treaty while simultaneously allowing the maximum number of states to become parties, though they are unable to assume full obligations¹⁷⁰ »

(de protéger l'intégrité du but et de l'objet essentiels du traité, tout en permettant à un nombre maximum d'États de devenir parties, alors même qu'ils sont incapables d'assumer toutes les obligations conventionnelles).

La recherche de la conciliation de ces deux buts constitue l'objectif aussi bien des réserves proprement dites que des procédés alternatifs objets du présent chapitre.

77. Les réserves constituent l'un des moyens visant à réaliser cette conciliation¹⁷¹. Mais elles ne sont pas, loin s'en faut, « la seule technique qui permette de diversifier le contenu d'un traité dans son application aux parties¹⁷² » tout en ne portant pas atteinte à son objet et à son but. Bien d'autres procédés sont utilisés.

78. Certains auteurs se sont efforcés de réduire à l'unité l'ensemble de ces procédés. Ainsi, Georges Droz, ancien Secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de droit international privé, a proposé de regrouper ces alternatives aux réserves sous l'appellation unique de « facultés » : « Tout comme les réserves, elles portent atteinte à l'uniformité créée par le traité. Mais à la différence de la réserve, où l'on voit l'État réservataire se retirer en quelque sorte du traité sur un point particulier, la faculté permettra simplement une modification, une extension ou une précision des termes du traité dans un cadre et sous des limites expressément prévues par celui-ci. Les réserves et les facultés ont pour objet de faciliter au plus grand nombre d'États l'accession au traité malgré les divergences profondes qui peuvent exister dans leurs systèmes juridiques ou malgré certains intérêts nationaux, mais elles le font d'une manière différente. La réserve est un procédé "chirurgical" qui ampute le

¹⁶⁹ « Faculté de formuler des réserves dans les conventions générales », memorandum du Directeur du Bureau international du Travail soumis au Conseil le 15 juin 1927, Société des Nations, *Journal officiel*, juillet 1927, p. 883. Voir aussi « Written Statement of the International Labour Organization » in C.I.J., *Mémoires, plaidoiries et documents – Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, p. 224 et 236.

¹⁷⁰ 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*, 1970-1971, p. 65. Fort de ces similitudes, cet auteur, au prix de confusions terminologiques troublantes, englobe dans une même étude « all devices the application of which permit a state to become a party to a multilateral convention without immediately assuming all of the maximum obligations set forth in the text » (tous les mécanismes dont la mise en œuvre permet à un État de devenir partie à une convention multilatérale sans assumer immédiatement l'ensemble des obligations maximales prévues par le texte), *ibid.*, p. 64.

¹⁷¹ Voir le deuxième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/477/Add.1, par. 90.

¹⁷² Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 1999, p. 133.

traité de certaines dispositions [173], la faculté est un procédé plus “thérapeutique” qui adapte le traité à certains besoins particuliers¹⁷⁴. »

79. Bien qu’elle ait été sévèrement critiquée¹⁷⁵, la notion de « facultés » a le mérite de montrer que les réserves ne sont pas l’unique moyen par lequel les parties à un traité multilatéral peuvent moduler l’application des dispositions de celui-ci, auxquels de multiples autres procédés permettent de donner une flexibilité rendue nécessaire par la diversité des situations des États ou des organisations internationales ayant vocation à être liés.

80. Le point commun de ces procédés, qui en fait des alternatives aux réserves, est que, comme elles, ils visent « à exclure ou à modifier l’effet juridique de certaines dispositions du traité¹⁷⁶ », ou « du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers¹⁷⁷ » dans leur application à certaines parties. Mais là s’arrêtent les similitudes et leur inventaire s’avère difficile « car l’imagination des juristes et des diplomates dans ce domaine s’est révélée sans limites¹⁷⁸ ». Au surplus, d’une part, certains traités combinent plusieurs de ces procédés (entre eux et avec celui des réserves) et, d’autre part, il n’est pas toujours aisé de les distinguer clairement les uns des autres¹⁷⁹.

81. Si l’on s’y essaie cependant, il existe de multiples façons de les regrouper.

82. Certaines techniques de modulation des effets juridiques des dispositions d’un traité sont prévues dans le traité lui-même; d’autres lui sont extérieures. Telle a été la distinction choisie par le professeur Michel Virally, l’un des rares auteurs à s’être interrogé d’une façon globale sur les « moyens utilisés dans la pratique pour limiter l’effet obligatoire des traités » : « De façon générale, on peut dire que l’État dispose de deux méthodes. La première consiste à introduire des limites aux obligations [conventionnelles] dans les textes mêmes où elles sont définies. La seconde consiste par contre à introduire ces limites dans l’application qui est faite des textes sur lesquels les États se sont engagés¹⁸⁰. »

83. Dans la première de ces deux catégories, on peut citer :

- Les clauses restrictives, « qui limitent l’objet de l’obligation en lui apportant des exceptions ou des limites¹⁸¹ » quant au domaine couvert par l’obligation ou à sa validité temporelle;

¹⁷³ Ceci est une conception un peu réductrice de la réserve comme le montrent certains des projets de directives adoptés jusqu’à présent (cf. les directives 1.1.1, 1.1.3 ou 1.1.6).

¹⁷⁴ « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1969, p. 383.

¹⁷⁵ Notamment par Ferenc Majoros qui considère que « l’ensemble des “facultés” n’est qu’un groupe amorphe de dispositions *qui accordent des options diverses* » (« Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye », *J.D.I.* 1974, p. 88 – italiques dans le texte).

¹⁷⁶ Voir le projet de directive 1.1 du Guide de la pratique.

¹⁷⁷ Voir le projet de directive 1.1.1.

¹⁷⁸ Michel Virally, « Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l’effet obligatoire des traités », in Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des Droits de l’homme, *Les clauses échappatoires en matière d’instruments internationaux relatifs aux droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 6.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 10. Cette notion correspond aux « *clawback clauses* » telles qu’elles ont été définies par

- Les clauses d’exception, « qui ont pour objet d’écarter l’application des obligations générales dans des hypothèses particulières¹⁸² » et parmi lesquelles on peut distinguer et les clauses de sauvegarde et les dérogations¹⁸³;
- Les clauses facultatives ou d’*opting* [ou de *contracting*] *in*, que l’on a définies comme « celles auxquelles les parties n’adhèrent que par une acceptation spéciale, distincte de l’adhésion au traité dans son ensemble¹⁸⁴ »;
- Les clauses d’exclusion ou d’*opting* [ou de *contracting*] *out* « under which a State will be bound by rules adopted by majority vote if it does not express its intent not to be bound within a certain period of time¹⁸⁵ » (en vertu desquelles un État sera lié par les règles adoptées à la majorité s’il n’exprime pas l’intention de ne pas être lié dans un délai donné); ou
- Celles qui offrent aux parties le choix entre plusieurs dispositions; ou encore
- Les clauses de réserves, qui permettent aux parties contractantes de formuler des réserves, en les soumettant, le cas échéant, à certaines conditions et restrictions.

84. Entrent dans la seconde catégorie, qui inclut l’ensemble des procédés permettant aux parties de moduler l’effet des dispositions du traité mais qui ne sont pas expressément envisagés par celui-ci :

- Les réserves à nouveau, lorsque leur formulation n’est pas prévue ou réglementée par l’instrument sur lequel elles portent;
- La suspension du traité¹⁸⁶, dont les causes sont énumérées et codifiées dans la partie V des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, en particulier l’application des principes *rebus sic stantibus*¹⁸⁷ et *non adimpleti contractus*¹⁸⁸;

Rosalyn Higgins : « By a “clawback” clause is meant one that permits, in normal circumstances, breach of an obligation for a specified number of public reasons » (Par *clawback clause*, on vise une disposition qui permet, dans les circonstances normales, de ne pas respecter une obligation pour un certain nombre de raisons d’ordre public spécifiées à l’avance) (« Derogations Under Human Rights Treaties », *B.Y.B.I.L.* 1976-1977, p. 281; voir aussi Fatsah Ouguerouz, « L’absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l’homme : les réponses du droit international général », *R.G.D.I.P.* 1994, p. 296). D’autres auteurs proposent une définition plus restrictive; selon R. Gitleman, les *clawback clauses* sont des dispositions « that entitle a state to restrict the granted rights to the extent permitted by domestic law » (qui permettent à un État de réduire les droits accordés par la convention dans les limites permises par le droit interne) (« The African Charter on Human and People’s Rights », *Virg. J. Int. L.* 1982, p. 691, cité par Rusen Ergec, *Les droits de l’homme à l’épreuve des circonstances exceptionnelles – Étude sur l’article 15 de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruylant, Bruxelles, 1987, p. 25).

¹⁸² M. Virally, *ibid.*, p. 12.

¹⁸³ Voir *infra*, par. 138 et 139.

¹⁸⁴ Michel Virally, *op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁵ Bruno Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.* 1994-VI, vol. 250, p. 329; voir aussi: Christian Tomuschat, « Obligations Arising for States Without or Against Their Will », *R.C.A.D.I.* 1993, vol. 241, p. 264 et suiv.

¹⁸⁶ L’extinction du traité est de nature différente: elle met fin aux rapports conventionnels (voir *infra*, par. 133).

¹⁸⁷ Cf. l’article 62 des Conventions de Vienne.

¹⁸⁸ Cf. l’article 60 des Conventions de Vienne.

- Les amendements au traité, lorsqu’ils ne lient pas automatiquement toutes les parties à celui-ci¹⁸⁹; ou
- Les protocoles ou accords ayant pour objet (ou pour effet) de compléter ou de modifier un traité multilatéral entre certaines parties seulement¹⁹⁰, y compris dans le cadre de la « bilatéralisation¹⁹¹ ».

85. Parmi ces dernières techniques de modulation, les deux premières sont unilatérales mais relèvent du droit international général des traités, les deux dernières de l’initiative conjointe des parties au traité ou de certaines d’entre elles, postérieurement à son adoption.

86. Il existe, au demeurant, bien d’autres classements possibles de ces différents procédés de modulation des obligations conventionnelles.

87. On peut, par exemple, les regrouper en fonction des techniques utilisées. Certaines sont conventionnelles: elles sont prévues soit par le traité dont il s’agit de moduler les effets (tel est le cas des clauses restrictives ou des amendements), soit par un traité distinct (protocoles). D’autres sont unilatérales (réserves en cas de silence du traité, suspension des dispositions du traité). La plupart sont « mixtes » en ce sens que, envisagés par le traité, ces procédés sont mis en œuvre par des déclarations unilatérales de l’État « bénéficiaire » (réserves prévues par le traité – y compris les « réserves négociées¹⁹² » –, déclarations unilatérales en application de clauses d’exception¹⁹³, d’*opting in* ou *out* ou de choix entre les dispositions du traité).

88. Dans la plupart des cas, ces procédés visent à limiter, en faveur d’une ou plusieurs parties contractantes, les obligations en principe imposées par le traité. Tel est l’objet non seulement des réserves¹⁹⁴, mais aussi des clauses restrictives ou d’exception. Mais il peut arriver qu’ils accroissent au contraire ces obligations comme le montrent clairement les clauses d’*opting in*. Quant aux autres procédés énumérés ci-dessus ils sont « neutres » à cet égard puisqu’ils peuvent viser aussi bien, et selon les cas, à les limiter ou à les accroître (choix entre les dispositions du traité, amendements, protocoles).

89. Enfin, parmi ces divers procédés, certains sont « réciproques » et visent à moduler les effets des dispositions du traité dans leur application non seulement par le « bénéficiaire » mais aussi à son égard par les autres parties contractantes. Tel est le cas, à certaines conditions, des réserves en vertu de l’article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, mais aussi, en général, des clauses restrictives, des amendements et des protocoles (à moins qu’ils ne prévoient, expressément, des régimes discriminatoires). Au contraire, les déclarations faites en vertu des clauses d’exception (dérogations ou sauvegardes) sont, par essence, non réciproques (quoique le traité puisse prévoir expressément le contraire¹⁹⁵). Quant aux mécanismes

¹⁸⁹ Cf. les articles 40, par. 4, et 30, par. 4, des Conventions de Vienne.

¹⁹⁰ Cf. l’article 41 des Conventions de Vienne.

¹⁹¹ Voir *infra*, sect. 2, par. 2 c).

¹⁹² Voir *infra*, par. 164 et 165 et 169 et 170.

¹⁹³ Le caractère « mixte » de ce procédé est particulièrement marqué s’agissant des dérogations (par opposition aux sauvegardes) puisque celles-ci non seulement sont prévues par le traité mais doivent en outre être autorisées par les autres parties contractantes à la suite de l’initiative de la partie bénéficiaire.

¹⁹⁴ Voir les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6.

¹⁹⁵ Cf. l’article XIX, par. 3, de l’Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947.

d'*opting in* ou *out* ou aux dispositions offrant un choix aux Parties ils posent d'intéressants problèmes à cet égard (dont certains seront étudiés de manière plus approfondie dans la section 2 ci-après) mais on peut considérer que, d'une manière générale, tout dépend de la manière dont les dispositions pertinentes sont rédigées ou de la nature du traité concerné.

90. Ainsi, le célèbre article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice limite clairement l'acceptation par les États de la juridiction obligatoire de la Cour aux seuls différends les opposant à des États ayant fait la même déclaration :

« Les États parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet :

- a. L'interprétation d'un traité;
- b. Tout point de droit international;
- c. La réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international;
- d. La nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international¹⁹⁶. »

Il en va de même de l'article 5, paragraphe 2, de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 :

« Lorsqu'une Partie contractante aura fait une déclaration conformément au paragraphe 1er du présent article, toute autre Partie pourra appliquer la règle de la réciprocité. »

91. Au contraire, la mise en œuvre des clauses d'exception figurant dans les traités de droits de l'homme, est, par essence, non-réciproque et il n'est pas envisageable, par exemple, que, si un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme fait usage de la faculté ouverte par l'article 15 de celle-ci¹⁹⁷, les autres États parties soient déliées de leurs propres obligations en vertu de la Convention, fût-ce vis-à-vis des ressortissants de cet État.

¹⁹⁶ Italiques ajoutées. La rédaction du paragraphe 3 (« Les déclarations ci-dessus visées pourront être faites purement ou simplement ou sous condition de réciprocité... ») introduit un élément d'incertitude. Mais, dans les faits les déclarations facultatives de l'article 36, paragraphe 2, sont faites, en général, sous réserve de réciprocité et la Cour la fait strictement respecter (cf., parmi de nombreux exemples: C.P.J.I., arrêt du 14 juin 1936, *Phosphates du Maroc*, C.P.J.I., série A/B, No 74, p. 22 ou C.I.J., arrêts du 6 juillet 1957, *Certains emprunts norvégiens*, C.I.J. Recueil 1957, p. 23 et 24 ou du 11 juin 1998, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, C.I.J. Recueil 1998, p. 298 et 299).

¹⁹⁷ « 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ...
3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informée des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées... »

92. La combinaison, assez fréquente, entre ces divers procédés complique encore leur nécessaire¹⁹⁸ classification. Pour n'en donner que trois exemples :

- Les déclarations facultatives de l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la CIJ¹⁹⁹ peuvent être – et sont fréquemment – assorties de réserves;
- Les États peuvent formuler des réserves aux clauses restrictives contenues dans les dispositions d'exception figurant dans les conventions multilatérales; la réserve de la France à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (qui est une clause d'exception et, plus précisément, une clause de sauvegarde²⁰⁰) en constitue une illustration abondamment commentée²⁰¹; et
- L'entrée en vigueur des régimes dérogatoires prévus par certaines conventions peut être subordonnée à la conclusion d'un accord complémentaire; tel est le cas, par exemple, de l'article 23, paragraphe 5, de la Convention de La Haye du 1er février 1971 sur la reconnaissance des jugements étrangers en matière civile et commerciale, aux termes duquel :

« Les États contractants ont la faculté dans les accords qu'ils concluront en vertu de l'article 21^[202] de s'entendre pour:

...

5. Ne pas appliquer la Convention aux décisions qui ont été rendues au cours d'une procédure pénale. »

93. Le Rapporteur spécial a longuement hésité avant de proposer l'inclusion, dans le Guide de la pratique, de projets de directives relatifs aux alternatives aux réserves. À la réflexion, une telle inclusion lui a cependant paru utile pour des raisons comparables à celles qui ont conduit la Commission à y inclure une section 1.4 relative aux « déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives²⁰³ » : le Guide de la pratique a une vocation purement « utilitaire » et il n'est sans doute pas superflu de rappeler aux négociateurs de conventions internationales l'existence dans le droit des traités, aux côtés des réserves, de divers procédés permettant de moduler, par le recours à des techniques différentes, les effets des traités.

¹⁹⁸ Nécessaire toujours pour la même raison (voir *supra*, par. 30) : faute de distinctions et de définitions précises, il n'est pas possible de déterminer le régime juridique appliqué à une disposition ou à une déclaration unilatérale particulière.

¹⁹⁹ Voir *supra*, par. 90, et *infra*, par. 191 à 193.

²⁰⁰ Voir *infra*, par. 138-138.

²⁰¹ Voir par exemple : Alain Pellet, « La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.* 1974, p. 1358 à 1363; Vincent Coussirat-Coustère, « La réserve française à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.D.I.* 1975, p. 269 à 293; Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, Paris, 1989, p. 564 à 566 ou Paul Tavernier, commentaire de l'article 15, in Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert dirs., *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, Économica, Paris, 1995, p. 493 et 494.

²⁰² L'article 21 dispose : « Les décisions rendues dans un État contractant ne seront reconnues ou déclarées exécutoires dans un autre État contractant conformément aux dispositions des articles précédents que si ces deux États, après être devenus Parties à la Convention, en sont ainsi convenus par accord complémentaire. »

²⁰³ Voir notamment les paragraphes 1 et 2 du commentaire du projet de directive 1.4. (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 218.)

94. Il paraît donc souhaitable d'insérer dans le Guide de la pratique un projet de directive 1.7.1²⁰⁴ ainsi rédigé :

1.7.1 Alternatives aux réserves

Afin de moduler les effets des dispositions d'un traité dans leur application aux parties contractantes, les États et les organisations internationales peuvent recourir à des procédés autres que les réserves.

95. La question se pose de savoir s'il convient d'énumérer ces procédés dans le Guide de la pratique (étant entendu que, de toutes manières, une telle énumération ne saurait être exhaustive) ou si une telle liste ne devrait figurer que dans le commentaire. Toujours dans l'espoir de répondre au mieux aux besoins des utilisateurs, le Rapporteur spécial penche pour la première solution, étant entendu en revanche que les procédés qui ne feront pas l'objet de définition spécifique dans d'autres projets de directives devraient, pour leur part, être définis dans le commentaire. Dès lors que le Guide de la pratique n'a pas vocation à devenir un traité international, le recours à une telle énumération non limitative ne paraît pas présenter les mêmes inconvénients que lorsque ce genre de procédé est utilisé dans une convention de codification. Ceci pourrait faire l'objet du projet de directive suivant :

1.7.2 Variété des procédés permettant de moduler les effets des dispositions d'un traité

La modulation des effets des dispositions d'un traité par des procédés autres que des réserves peut notamment résulter de l'insertion dans le traité :

- De clauses restrictives limitant l'objet des obligations résultant du traité en leur apportant des exceptions et des limites;*
- De clauses d'exception permettant aux parties contractantes d'écarter l'application des obligations générales dans des hypothèses particulières et pour une durée limitée;*
- De déclarations faites en vertu du traité par lesquelles une partie contractante exprime sa volonté d'être liée par des obligations ne s'imposant pas à elle du seul fait de l'expression de son consentement à être lié par le traité.*

La modulation des effets des dispositions d'un traité peut également résulter :

- De leur suspension, conformément aux dispositions des articles 57 à 62 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986;*
- D'amendements du traité n'entrant en vigueur qu'entre certaines parties; ou*
- D'accords complémentaires et de protocoles ayant pour objet de modifier le traité dans les relations entre certaines parties seulement.*

²⁰⁴ Cette numérotation est provisoire. La Commission préférera peut-être faire figurer la section provisoirement numérotée 1.7 relative aux alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives avant le projet de directive 1.6 sur la portée des définitions.

2. Les procédés d'interprétation d'un traité autres que les déclarations interprétatives

96. Pas plus que les réserves ne constituent le seul moyen à la disposition des parties contractantes pour moduler l'application des dispositions d'un traité, les déclarations interprétatives ne sont le seul procédé par lequel les États ou les organisations internationales peuvent en préciser ou en clarifier le sens ou la portée.

97. Si on laisse de côté les mécanismes d'interprétation par des tiers parfois prévus par le traité²⁰⁵, la diversité de ces procédés alternatifs est cependant moins grande en matière d'interprétation. À la connaissance du Rapporteur spécial, on ne peut guère faire état que de deux procédés de ce genre.

98. En premier lieu, il arrive très fréquemment que le traité lui-même précise l'interprétation qu'il convient de donner à ses propres dispositions. Telle est d'abord l'objet des clauses contenant la définition des termes employés dans le traité²⁰⁶. En outre, il est très fréquent qu'un traité donne des indications sur la manière dont il convient d'interpréter les obligations incombant aux parties soit dans le corps même du traité²⁰⁷, soit dans un instrument distinct²⁰⁸.

99. En second lieu, les parties, ou certaines d'entre elles²⁰⁹, peuvent conclure un accord aux fins d'interpréter un traité précédemment conclu entre elles. Cette hypothèse est expressément envisagée par l'article 31, paragraphe 3.a), des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 qui impose à l'interprète de tenir compte, « en même temps que du contexte :

a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ».

100. Il peut du reste arriver que l'interprétation soit « bilatéralisée²¹⁰. Tel est le cas lorsqu'une convention multilatérale renvoie à des accords bilatéraux la fonction de préciser le sens ou la portée de certaines dispositions. Ainsi, l'article 23 précité²¹¹ de la Convention de 1971 de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale prévoit que les États contractants ont la faculté de conclure des accords complémentaires aux fins, notamment de :

²⁰⁵ Cf. Denys Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Pedone, 1981, 936 pages.

²⁰⁶ Cf., parmi d'innombrables exemples, l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ou l'article XXX des Statuts du Fonds monétaire international (FMI).

²⁰⁷ Cf. ici encore parmi des exemples très nombreux, le paragraphe 4 de l'article 13 du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « Aucune disposition du présent article ne doit être interprétée comme portant atteinte à la liberté des individus et des personnes morales de créer et de diriger des établissements d'enseignement... »

²⁰⁸ Cf. les « Notes et dispositions additionnelles » à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947. Ceci correspond à l'hypothèse envisagée par l'article 30, paragraphe 2, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

²⁰⁹ Lorsque toutes les parties à l'accord interprétatif le sont aussi au traité initial, l'interprétation est authentique (voir le commentaire final de la CDI sur l'article 27, par. 3.a) du projet d'articles sur le droit des traités – devenu l'article 30, paragraphe 3.a) de la Convention de Vienne de 1969. *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 241, par. 14; cf., s'agissant des traités bilatéraux, le projet de directive 1.5.3.

²¹⁰ Sur la « bilatéralisation » des « réserves », voir *infra*, sect. 2, par. 2 c), et le projet de directive 1.7.4..

« 1. Préciser le sens des termes “en matière civile ou commerciale”, déterminer les tribunaux aux décisions desquels la Convention s’applique, déterminer le sens des termes “sécurité sociale” et définir les mots “résidence habituelle”;

2. Préciser le sens du mot “droit” dans les États qui ont plusieurs systèmes juridiques; » etc.

101. Ne serait-ce que par souci de symétrie avec la proposition faite ci-dessus en ce qui concerne les alternatives aux réserves²¹², il paraît dès lors souhaitable d’insérer dans le Guide de la pratique, une disposition relative aux alternatives aux déclarations interprétatives. En revanche, étant donné le petit nombre de ces alternatives, il ne paraît pas nécessaire de consacrer un projet de directive distinct à leur énumération. Un projet de directive unique peut correspondre aux deux projets de directives 1.7.1 et 1.7.2.

102. Ce projet de directive pourrait être rédigé ainsi :

1.7.5 Alternatives aux déclarations interprétatives

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d’un traité ou de certaines de ses dispositions, les parties contractantes peuvent recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives. Elles peuvent notamment inclure dans le traité des dispositions expresses ayant pour objet de l’interpréter ou conclure des accords complémentaires à cette fin.

103. Aucune disposition particulière concernant les alternatives aux déclarations interprétatives conditionnelles²¹³ ne paraît utile: les procédés alternatifs recensés ci-dessus sont de nature conventionnelle et supposent que l’accord des parties contractantes. Peu importe dès lors que l’interprétation agréée constitue ou non la condition de leur consentement à être liées.

B. La distinction des réserves et des autres procédés de modulation des effets d’un traité

104. La distinction de diverses « facultés » ouvertes aux États en vue de moduler les effets d’un traité avec les réserves est parfois aisée; elle n’est quelquefois rien moins qu’évidente.

105. Le fait que les possibilités de modulation des engagements conventionnels soient envisagées dans le traité lui-même ne donne donc aucune indication sur la qualification des procédés retenus comme étant ou non des réserves²¹⁴. Le problème est d’autant plus délicat que, conformément à la définition de Vienne, reprise par le projet de directive 1.1 du Guide de la pratique, le libellé ou la désignation d’un acte unilatéral ne constitue pas un élément de sa définition en tant que réserve, si bien qu’un traité peut fort bien ne pas utiliser le mot « réserve » pour qualifier une technique de modulation des engagements conventionnels, alors que cette technique répond en tous points à la définition des réserves et doit donc être tenue pour telle²¹⁵.

²¹¹ Voir *supra*, par. 92.

²¹² Voir les paragraphes 93 et 94.

²¹³ Voir le projet de directive 1.2.1.

²¹⁴ Voir *infra*, par. 110 et 111.

²¹⁵ En ce sens, voir par exemple: Ferenc Majoros, « Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye », *J.D.I.* 1974, p. 88.

Comme le relève M. Droz, « [l]a distinction entre réserve et faculté, quant au fond, est parfois difficile à faire. Certaines dispositions se présentent comme des facultés mais sont bien des réserves, d'autres dispositions qui "réservent" certaines possibilités aux États ne sont que des facultés²¹⁶ ».

106. Ainsi par exemple, il ne paraît guère douteux que les « déclarations » faites en vertu de l'article 25 de la Convention européenne sur la nationalité²¹⁷ constituent des réserves alors même que ni l'intitulé, ni le texte de cette disposition n'emploient le mot « réserves ». Au contraire, par l'article 17 de la Charte européenne de l'énergie, du 17 décembre 1994, « chaque partie contractante se réserve le droit de refuser le bénéfice de la présente partie... », alors même que l'on est en présence d'une clause restrictive bien davantage que d'une réserve.

107. Il reste que, dans certains cas, la distinction des « facultés » ou des « alternatives aux réserves » avec les réserves elles-mêmes ne pose aucun problème particulier. Il en va ainsi, essentiellement, dans deux hypothèses : d'une part, lorsque la modulation des effets du traité résulte non d'une déclaration unilatérale, mais d'un procédé conventionnel, malgré la confusion doctrinale entretenue autour des notions de « réserves conventionnelles » ou de « bilatéralisation » et, d'autre part, lorsque la déclaration unilatérale d'un État a pour effet de suspendre l'application de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble ou d'y mettre fin. Beaucoup plus délicates sont les hypothèses dans lesquelles un traité prévoit que, par des déclarations unilatérales, les parties peuvent opérer un choix entre les dispositions du traité.

108. Pour la clarté de l'exposé, il y a sans doute avantage à reprendre successivement l'examen de chacun de ces procédés et à les confronter à la définition des réserves.

1. Les techniques conventionnelles de modulation des effets d'un traité

109. On peut penser qu'il n'existe guère de risques de confusion entre, d'une part, les réserves, et, d'autre part, certains des procédés de modulation des effets d'un traité énumérés dans le projet de directive 1.7.2 ci-dessus, qui se traduisent non par des déclarations unilatérales mais par un ou des accords entre les parties au traité ou certaines d'entre elles. Cependant, qu'il s'agisse des clauses restrictives figurant dans le traité, des amendements n'entrant en vigueur qu'entre certaines parties au traité ou des procédés de « bilatéralisation », des problèmes peuvent se poser.

a) Les clauses restrictives

110. Le fait qu'une déclaration unilatérale visant à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à son auteur²¹⁸, soit expressément

²¹⁶ « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1969, p. 383.

²¹⁷ « Chaque État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il exclura le chapitre VII de l'application de cette Convention » (sur cette disposition, voir *infra*, par. 153). Voir aussi, par exemples, l'article 10 de l'Accord sur des normes de piégeage sans cruauté du 18 décembre 1997 ou l'article 19 de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales du 1er février 1995.

²¹⁸ Cf. le projet de directive 1.1 et 1.1.1.

envisagée par un traité ne suffit pas à caractériser une telle déclaration comme étant ou n'étant pas une réserve. Telle est, précisément, l'objet des « clauses de réserves » que l'on peut définir comme « des dispositions du traité [... prévoyant] les limites dans lesquelles les États devront²¹⁹ formuler les réserves et même le contenu de ces dernières²²⁰ »; mais d'autres clauses d'exclusion ayant le même effet, ou des effets voisins ne sont pas, pour autant des réserves au sens exact du mot, tel que le définissent les Conventions de Vienne et le Guide de la pratique.

111. Le professeur Pierre-Henri Imbert donne deux exemples qui font bien ressortir cette différence essentielle en opposant l'article 39 de l'Acte général d'arbitrage révisé du 28 avril 1949²²¹ à l'article 27 de la Convention européenne du 29 avril 1957 sur le règlement pacifique des différends²²². Aux termes de l'article 39, paragraphe 2, de l'Acte général, des réserves limitativement énumérées et qui « devront être indiquées au moment de l'adhésion²²³ » :

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

- a) Les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la Partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre Partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend;
- b) Les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États ».

Pour sa part, l'article 27 de la Convention de 1957 dispose :

« Les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas :

- a) Aux différends concernant des faits ou situations antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente Convention entre les Parties au différend;
- b) Aux différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des États. »

112. Les similitudes sont, évidemment, frappantes: dans les deux cas, il s'agit de faire échapper des catégories identiques de différends aux modes de règlement prévus par le traité. Toutefois, les deux techniques « opèrent » différemment: dans la Convention de 1957, l'exclusion est générale et résulte du traité lui-même; dans l'Acte général, elle n'est qu'une possibilité ouverte aux États parties, permise par le traité, mais qui ne devient effective que si une déclaration unilatérale est faite au moment de l'adhésion²²⁴. L'article 39 de 1949 est une clause de réserves;

²¹⁹ Il serait sans doute plus exact d'écrire : « pourront ».

²²⁰ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 12. Si la Commission décide de consacrer une partie du Guide de la pratique à des définitions (autres que celle des réserves et des déclarations interprétatives), il serait sans doute bon d'y inclure une définition des clauses de réserves. Les « réserves négociées » (voir *infra*, par. 164 et suiv.) entrent dans cette catégorie.

²²¹ L'article 39 de l'Acte général d'arbitrage du 26 septembre 1928 était rédigé de la même manière.

²²² Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 10.

²²³ Paragraphe 1 de l'article 39.

²²⁴ Il n'est donc pas tout à fait exact, que, comme l'écrit P. H. Imbert, « [d]ans la pratique, l'article 27 de la Convention européenne entraîne le même résultat qu'une réserve à l'Acte général » (ibid., p. 10). Ce n'est vrai que pour ce qui est des relations de l'État réservataire avec les autres

l'article 27 de 1957, une « clause restrictive limitant l'objet des obligations résultant du traité en leur apportant des exceptions et des limites » pour reprendre les termes de la définition proposée ci-dessus, dans le projet de directive 1.7.2.

113. De telles clauses restrictives sont innombrables et se retrouvent dans des traités portant sur les sujets les plus divers, qu'il s'agisse du règlement des différends²²⁵, de la protection des droits de l'homme²²⁶ ou de l'environnement²²⁷, de commerce²²⁸, du droit des conflits armés²²⁹, etc.

114. À première vue, il n'existe aucun risque de confusion entre de telles clauses restrictives et des réserves. Toutefois, non seulement le langage courant est trompeur et « il est fréquent de rencontrer des expressions telles que “réserves d'ordre public” ou de “nécessités militaires” ou “de compétence exclusive”²³⁰ », mais encore les auteurs, et parmi les plus éminents, entretiennent une confusion qui n'a pas lieu d'être. Ainsi, par exemple, dans un passage souvent repris²³¹ de l'opinion dissidente

parties à l'Acte général, mais pas dans celles de ces autres parties entre elles, auquel le traité s'applique dans son intégralité.

- ²²⁵ Outre l'article 27 de la Convention européenne précitée de 1957, voir par exemple l'article premier du Traité franco-britannique d'arbitrage du 14 octobre 1903, qui a servi de modèles à des très nombreux traités ultérieurs : « Les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existant entre les deux Parties contractantes, qui viendraient à se produire entre elles et qui n'auraient pu être réglés par la voie diplomatique, seront soumis à la Cour Permanente d'arbitrage, établie par la Convention du 29 juillet 1899, à La Haye, à la condition, toutefois, qu'ils ne mettent en cause ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance ou l'honneur des deux États contractants et qu'ils ne touchent pas aux intérêts de tierces Puissances. »
- ²²⁶ Cf. les « *clawback clauses* » évoquées ci-dessus, note 181. À titre d'exemple (ici encore, ils sont innombrables), voir l'article 4 du Pacte de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent que, dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent Pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique. »
- ²²⁷ Cf. l'article VII (« Dérogations et autres dispositions particulières concernant le commerce ») de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction du 3 mars 1973 ou l'article 4 (« Exceptions ») de la Convention de Lugano du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.
- ²²⁸ Cf. les articles XII (« Restrictions destinées à protéger l'équilibre de la balance des paiements »), XIV (« Exceptions à la règle de non-discrimination »), XX (« Exceptions générales ») ou XXI (« Exceptions concernant la sécurité ») de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947.
- ²²⁹ Cf. les articles 5, commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (« Dérogations »).
- ²³⁰ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 10. Pour un exemple de « réserve d'ordre public », voir le premier alinéa de l'article 6 de la Convention de La Havane du 20 février 1928 concernant la condition des étrangers sur les territoires des Parties contractantes : « Les États peuvent, pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique, expulser l'étranger domicilié, résidant ou simplement de passage sur son territoire. » Pour un exemple de « réserve de compétence exclusive », voir l'article 3, paragraphe 11, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes du 20 décembre 1988 : « Aucune disposition du présent article [sur les “Infractions et sanctions”] ne porte atteinte au principe selon lequel la définition des infractions qui y sont visées et des moyens juridiques de défense y relatifs relève exclusivement du droit interne de chaque partie et selon lequel lesdites infractions sont poursuivies et punies conformément audit droit. »
- ²³¹ Cf. Sir Gerald Fitzmaurice, « The Law and Procedure of the International Court of Justice

qu'il a jointe à l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 1er juillet 1952 dans l'affaire *Ambatielos (Exception préliminaire)*, le juge Zoričić a affirmé :

« Une réserve est une stipulation convenue entre les parties à un traité en vue de restreindre l'application d'une ou plusieurs de ses dispositions ou d'en expliquer le sens²³². »

115. De façon plus ambiguë, mais néanmoins fâcheuse, Georges Scelle entretient, lui aussi, la confusion en définissant la réserve comme « une *clause conventionnelle* émanant d'un ou de *plusieurs* gouvernements signataires ou adhérents et instituant un régime juridique dérogatoire au régime normal du traité²³³ ».

116. Bien que la confusion semble n'être que doctrinale, la Commission ferait sans doute œuvre utile en la dissipant par l'inclusion, dans le Guide de la pratique, d'un projet de directive qui pourrait être inclus dans la section 1.7 relative aux alternatives aux réserves²³⁴ et rédigé ainsi :

1.7.3 Clauses restrictives

Une disposition figurant dans un traité et visant à limiter ou à restreindre la portée ou l'application de règles plus générales figurant dans le traité ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

b) Les amendements n'entrant en vigueur qu'entre certaines parties à un traité

117. Il ne paraît pas nécessaire de s'attarder sur un autre procédé conventionnel qui est de nature à permettre une flexibilité dans l'application du traité: celui des amendements (et des protocoles additionnels) qui n'entrent en vigueur qu'entre certaines des parties au traité.

118. Envisagé par les articles 40, paragraphes 4 et 5²³⁵, (et 30, paragraphe 4²³⁶) et 41²³⁷ des Conventions de Vienne de 1969 et 1986²³⁸, ce procédé est d'application

1951-4: Treaty Interpretation and Other Treaty Points » in *B.Y.B.I.L.* 1957, p. 272 et 273; toutefois, bien qu'il cite cette définition avec une apparente approbation, l'éminent auteur s'en éloigne considérablement dans son commentaire.

²³² *C.I.J. Recueil 1952*, p. 76.

²³³ *Précis de droit des gens (Principes et systématiques)*, Sirey, Paris, vol. 2, 1934, p. 472; italiques ajoutées.

²³⁴ Une autre possibilité serait de l'inclure dans la section 1.1 relative à la définition des réserves.

²³⁵ Article 40 – Amendement des traités multilatéraux :

« 4. L'accord portant amendement ne lie pas les États qui sont déjà parties au traité et qui ne deviennent pas parties à cet accord; l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article 30 s'applique à l'égard de ces États.

5. Tout État qui devient partie au traité après l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement est, faute d'avoir exprimé une intention différente, considéré comme étant :

a) Partie au traité tel qu'il est amendé; et
b) Partie au traité non amendé au regard de toute partie au traité qui n'est pas lié par l'accord portant amendement. »

²³⁶ Article 30 – Application de traités successifs portant sur la même matière :

« 3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59 [relatif à l'extinction d'un traité ou à la suspension de son application implicites du fait de la conclusion d'un traité postérieur], le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

a) Dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est

courante. Même si, dans son esprit et sous certains aspects de son régime juridique (respect des caractères essentiels du traité, quoique l'expression « l'objet et le but » du traité ne figure pas dans ces dispositions), il se rapproche de ceux qui caractérisent les réserves, il n'en est pas moins très différent à maints égards :

- La flexibilité qu'il réalise résulte non de la déclaration unilatérale d'un État, mais de l'accord entre deux ou plusieurs parties au traité initial;
- Cet accord peut intervenir à n'importe quel moment, en général, après l'entrée en vigueur du traité à l'égard des parties²³⁹, ce qui n'est pas le cas des réserves qui doivent être formulées au plus tard au moment de l'expression du consentement à être lié; et
- Il ne s'agit pas ici « d'exclure ou de modifier *l'effet juridique* de certaines dispositions du traité *dans leur application* », mais, bel et bien, de modifier *les dispositions en cause elles-mêmes*²⁴⁰;
- Au surplus, alors que les réserves ne peuvent que limiter les obligations conventionnelles de leurs auteurs ou prévoir des modes d'exécution du traité par équivalence²⁴¹, les amendements et les protocoles peuvent jouer dans les deux sens et étendre, aussi bien que limiter, les obligations des États ou des organisations internationales parties.

119. Aucune confusion n'étant à craindre avec les réserves, aucune clarification ne s'impose et il semble inutile de consacrer une directive spécifique du Guide de la pratique à préciser une distinction qui paraît assez évidente. Il suffit de mentionner qu'il y a là une alternative possible aux réserves, dans le projet de directive 1.7.2,

celle qui est énoncée au paragraphe 3;

b) Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques. »

²³⁷ Article 41 – Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement :

« 1. Deux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement :

- a) Si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité; ou
- b) Si la modification en question n'est pas interdite par le traité, à condition qu'elle :
 - i) Ne porte atteinte ni à la jouissance par les autres parties des droits qu'elles tiennent du traité ni à l'exécution de leurs obligations; et
 - ii) Ne porte pas sur une disposition à laquelle il ne peut être dérogé sans qu'il y ait incompatibilité avec la réalisation effective de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

2. À moins que, dans le cas prévu à l'alinéa a du paragraphe 1, le traité n'en dispose autrement, les parties en question doivent notifier aux autres parties leur intention de conclure l'accord et les modifications que ce dernier apporte au traité. »

²³⁸ Dans son commentaire aux projets d'articles correspondants (36, par. 4 et 5 (et 26, par. 4) et 37), la CDI prend grand soin de distinguer les « amendements formels » d'une part et les accords portant « modification » d'autre part (cf. *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 253, par. 3 et p. 256, par. 1). Aux fins d'une comparaison avec les réserves, cette distinction ne semble pas pertinente.

²³⁹ Il n'en va cependant pas toujours ainsi; cf. le très fameux Accord de New York du 29 juillet 1994 relatif à l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

²⁴⁰ En ce sens : J. M. Ruda, « Reservations to Treaties », *R.C.A.D.I.* 1975-III, vol. 146, p. 107 et 108.

²⁴¹ Cf. les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 et, *a contrario*, 1.4.1, 1.4.2 et 1.5.1.

comme ceci est suggéré ci-dessus. Toutefois, certains accords particuliers conclus entre deux ou quelques États parties aux traités de base et visant à produire les mêmes effets que les réserves posent des problèmes particuliers et il serait possible (et sans doute souhaitable) d'englober les uns et les autres dans un projet unique de directive²⁴².

c) La « bilatéralisation » des « réserves »

120. Ces accords particuliers, parfois assimilés à des réserves, relèvent de la technique, dite de la « bilatéralisation », dont la théorisation a été faite dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'occasion de l'élaboration de la Convention du 1er février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers.

121. Le régime de bilatéralisation a été décrit comme permettant « aux États contractants, tout en étant parties à une Convention multilatérale, de choisir les partenaires avec lesquels ils procéderont à la mise en œuvre du régime prévu²⁴³ ». Il ne constitue pas une innovation de la Convention de 1971 puisqu'on peut en trouver trace, par exemple, dans l'article XXXV, paragraphe 1, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947²⁴⁴. De plus, plusieurs conventions de droit international privé adoptées antérieurement dans le cadre de la Conférence de La Haye réalisaient déjà, au moins partiellement, cet objectif de libre choix des partenaires en donnant aux parties la possibilité de refuser d'être liés avec des États n'ayant pas participé à leur adoption²⁴⁵ ou subordonnant l'effet de l'adhésion de ceux-ci à un assentiment exprès des États contractants²⁴⁶. Il en va également ainsi

²⁴² Voir *infra*, le projet de directive 1.7.4 et par. 130.

²⁴³ M. H Van Hoogstraten, « L'état présent de la Conférence de La Haye de droit international privé », in I.L.A., *The Present State of International Law*, Kluwer, Deventer, 1973, p. 287.

²⁴⁴ « Le présent accord, ou l'article II du présent accord, ne s'appliquera pas entre une partie contractante et une autre partie contractante a) si les deux parties contractantes n'ont pas engagé de négociations tarifaires entre elles, b) et si l'une des deux ne consent pas à cette application au moment où l'une d'elles devient partie contractante. » Voir Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 199. La pratique des « accords latéraux » (cf. Dominique Carreau et Pratick Juillard, *Droit international économique*, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 54 à 56 et 127) a accentué cette bilatéralisation. Voir aussi l'article XIII de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

²⁴⁵ Cf., par exemple, l'article 13, alinéa 4, de la Convention Sociétés du 1er juin 1956 : « L'adhésion n'aura effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États qui n'élèveront pas d'objection dans les six mois à partir de cette communication » (cité par P. H. Imbert, *op. cit.*, p. 200, qui mentionne également l'article 12 de la Convention Légalisation du 5 octobre 1961, l'article 31 de la Convention Aliments-Exécution du 2 octobre 1973, et l'article 42 de la Convention Administration des successions du 2 octobre 1973). Pour des exemples plus récents, voir l'article 44, paragraphe 3, de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993, l'article 58, paragraphe 3, de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ou l'article 54, paragraphe 3, de celle sur la protection internationale des adultes du 2 octobre 1999.

²⁴⁶ Cf., par exemple, l'article 17, alinéas 2 et 3, de la Convention Aliments enfants-Exécution du 15 avril 1958 :

« La Convention entrera en vigueur, entre l'État adhérent et l'État ayant déclaré accepter cette adhésion, le soixantième jour après la date du dépôt de l'acte d'adhésion. L'adhésion n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront déclaré accepter cette adhésion... » (cité *op. cit.*, par P. H. Imbert,

de l'article 37 de la Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972 adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe²⁴⁷.

122. Par lui-même, ce procédé ne relève pas d'un esprit comparable à celui qui inspire la technique des réserves: il permet à un État d'exclure, par son silence ou par une déclaration expresse, l'application du traité dans son ensemble dans ses relations avec un ou plusieurs autres États et non d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects. À ce titre, il peut plutôt être comparé aux déclarations de non-reconnaissance lorsque celles-ci visent à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue²⁴⁸.

123. Mais, à la suite d'une proposition belge, la Convention Exécution de 1971 va plus loin que ces techniques traditionnelles de bilatéralisation. Non seulement elle subordonne l'entrée en vigueur de la Convention dans les relations entre deux États à la conclusion d'un accord complémentaire²⁴⁹, mais encore elle permet aux deux États de moduler leur engagement inter se dans les limites précises fixées à l'article 23²⁵⁰ :

« Les États contractants ont la faculté dans les accords qu'ils concluront en application de l'article 21 de s'entendre pour : ... »

Suit une liste de 23 facultés diverses de modulation de la Convention, dont les buts, tels qu'ils ont été synthétisés dans le rapport explicatif de Ch. N. Fragistas, sont « notamment les suivants :

- « 1. *Préciser quelques termes techniques utilisés par la Convention* et dont le sens de pays à pays peut varier (article 23 de la Convention, Nos 1, 2, 6 et 12);
2. *Étendre le domaine de l'application de la Convention à des matières qui ne tombent pas dans son ressort* (article 23 de la Convention, Nos 3, 4, 22);
3. *Faire appliquer la Convention dans des cas dans lesquels les conditions normalement prévus par elle ne sont pas réalisés* (article 23 de la Convention, Nos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13);
4. *Exclure de l'application de la Convention des matières qui normalement lui appartiennent* (article 23 de la Convention, No 5);

qui mentionne également l'article 13 de la Convention For contractuel-vente du 15 avril 1958, l'article 21 de la Convention Protection des mineurs du 5 octobre 1961, l'article 39 de la Convention Obtention des preuves du 18 mars 1970, l'article 28 de la Convention Divorce du 1er juin 1970 et l'article 18 de la Convention Accidents-circulation du 4 mai 1971; voir aussi P. Jenard, « Une technique originale : La bilatéralisation de conventions multilatérales », *R.B.D.I.* 1966, p. 389).

²⁴⁷ « 3. ... si l'adhésion d'un État non membre fait l'objet, avant sa prise d'effet, d'une objection notifiée au Secrétaire général du Conseil de l'Europe par un État qui a adhéré antérieurement à la Convention, celle-ci ne s'applique pas aux relations entre ces deux États ».

²⁴⁸ Cf. le projet de directive 1.4.3 et les paragraphes 5 à 9 du commentaire (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 226 et 227).

²⁴⁹ Voir note 202 *supra*, le texte de l'article 21 de la Convention.

²⁵⁰ Précité, par. 92 et 100. La proposition belge initiale n'envisageait pas cette possibilité de modulation qui ne s'est imposée qu'ultérieurement durant l'avancement des discussions (cf. P. Jenard, « Une technique originale La bilatéralisation de conventions multilatérales », *R.B.D.I.* 1966, p. 392 à 393).

5. *Rendre quelques dispositions inapplicables* (article 23 de la Convention, No 20);

6. *Rendre obligatoires quelques dispositions facultatives de la Convention* (article 23 de la Convention, Nos 8 bis et 20);

7. *Régler des questions non résolues par la Convention ou adapter quelques formalités exigées par elle aux dispositions du droit interne* (article 23 de la Convention, Nos 14, 15, 16, 17, 18, 19)²⁵¹ ».

124. Selon le professeur P. H. Imbert, beaucoup de ces variantes possibles « sont de simples facultés permettant aux États de définir des mots ou de prévoir des procédures; mais certaines restreignent l'effet de la Convention et sont de véritables réserves (en particulier celles prévues aux paragraphes 5, 8, 13, 19 et 20)²⁵² ». Le Rapporteur spécial ne le pense pas.

125. Certes, ces facultés, qui permettent aux États concluant un accord complémentaire d'exclure l'application de la Convention à certaines catégories de décisions juridictionnelles ou de ne pas appliquer certaines de ses dispositions, en règle générale ou dans certaines circonstances, visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions de la Convention ou de celle-ci dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application aux deux États. Mais, et c'est là une différence fondamentale, ces exclusions ou ces modifications résultent non pas d'une déclaration unilatérale, forme qui constitue cependant un élément essentiel de la définition des réserves²⁵³, mais d'un accord entre deux des États parties à la convention de base, qui ne produit aucun effet à l'égard des autres parties contractantes à la première.

126. Comme l'écrit M. Georges Droz, « [P]révues dans le corps même du Traité, de telles dispositions auraient constitué de véritables réserves [²⁵⁴] mais par le biais de la bilatéralisation elles sont réduites aux relations entre deux partenaires. Le désir d'éliminer le système classique des réserves est évident²⁵⁵ ». « Le système aboutit à l'élaboration de deux instruments : la convention multilatérale, d'une part, et l'accord complémentaire, d'autre part, qui, s'il trouve son support dans la convention multilatérale, a néanmoins une existence propre²⁵⁶. » L'accord complémentaire est, en quelque sorte, un « acte-condition » nécessaire non pas à l'entrée en vigueur de la convention mais pour lui faire produire des effets dans les relations entre les deux États qui le concluent, quitte à ce que ses effets soient amoindris (et c'est en cela que la similitude avec le procédé des réserves est la plus évidente) ou accrus; mais la nature conventionnelle retenue exclut toute assimilation avec les réserves.

²⁵¹ Conférence de La Haye, *Actes et documents de la session extraordinaire*, 1966, p. 364 – italiques dans le texte. Voir aussi Georges A.L. Droz, « Le récent projet de Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », *N.I.L.R.* 1966, p. 240.

²⁵² Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 200.

²⁵³ Cf. le projet de directive 1.1 : « L'expression réserve s'entend d'une déclaration unilatérale... »

²⁵⁴ *Sic.* Voir a) *supra* et le projet de directive 1.7.3.

²⁵⁵ Georges A. L. Droz, « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1969, p. 391.

²⁵⁶ P. Jenard, Rapport du Comité restreint sur la bilatéralisation, Conférence de La Haye, Actes et documents de la session extraordinaire, 1966, p. 145. Voir aussi le rapport explicatif de Ch. N. Fragistas, *ibid.*, p. 363 et 364.

127. La Convention Exécution de 1971 n'est pas le seul traité faisant usage de ce procédé de jumelage entre une convention de base et un accord complémentaire permettant d'apporter à celle-ci des variations dans son contenu même si elle en constitue l'exemple type et, probablement, le plus achevé. On peut citer également, parmi d'autres²⁵⁷ :

- L'article 20 de la Convention de La Haye sur la notification des actes judiciaires du 15 novembre 1965 qui permet aux États contractants de « s'entendre pour déroger » à certaines de ces dispositions; « mais son application ne [repose] pas sur le libre choix du partenaire²⁵⁸ »;
- L'article 34 de la Convention du 14 juin 1974 sur la prescription en matière de vente internationale des marchandises, qui appelle la même remarque;
- Les articles 26, 56 et 58 de la Convention européenne de sécurité sociale du 14 décembre 1972 qui, dans des termes voisins, prévient que :

« l'application [de certaines dispositions] entre deux ou plusieurs Parties contractantes est subordonnée à la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux entre ces Parties, qui pourront en outre prévoir des modalités particulières appropriées »;

ou, pour des exemples plus récents :

- L'article 39, paragraphe 2, de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale :

« Tout État contractant pourra conclure avec un ou plusieurs autres États contractants des accords en vue de favoriser l'application de la Convention dans leurs rapports réciproques. Ces accords ne pourront déroger qu'aux dispositions des articles 14 à 16 et 18 à 21. Les États qui auront conclu de tels accords en transmettront une copie au dépositaire de la Convention²⁵⁹. »
- Ou l'article 5 (Extension volontaire de la procédure) de la Convention d'Helsinki du 17 mars 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels :

« Les Parties concernées devraient, à l'initiative de l'une quelconque d'entre elles, engager des discussions sur l'opportunité de traiter comme une activité dangereuse une activité qui n'est pas visée à l'annexe I, ... Si les Parties concernées en sont d'accord, la Convention ou une partie de celle-ci s'applique à l'activité en question comme s'il s'agissait d'une activité dangereuse. »

²⁵⁷ Ces exemples sont empruntés à Pierre-Henri Imbert, op. cit., note 244 *supra*, p. 201.

²⁵⁸ Ibid.; voir aussi Georges A. L. Droz, op. cit., note 255 *supra*, p. 390 et 391. En fait, ce procédé se rapproche nettement des amendements entre certaines parties à la convention de base seulement.

²⁵⁹ À nouveau, on ne peut véritablement parler de bilatéralisation au sens strict en ce sens que cette disposition n'implique pas le choix du partenaire. Voir aussi l'article 52 du projet de Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, ou l'article 49 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1999 sur la protection internationale des adultes.

128. Il ne paraît pas utile de consacrer un projet de directive à la bilatéralisation en tant que telle dans la mesure où ce procédé conventionnel a un effet non pas *ratione materiae* mais *ratione personae*. En revanche, d'assez fortes raisons militent en faveur d'un projet de directive consacré aux « réserves bilatéralisées » qui visent à produire, dans les relations des parties à l'accord complémentaire, le même effet que les réserves proprement dites, auxquelles elles sont parfois, à tort, assimilées.

129. Ce projet pourrait se lire ainsi :

1.7.4 [« Réserves bilatéralisées »] [Accords entre États ayant le même objet que des réserves]

Un accord [conclu en vertu d'une disposition expresse d'un traité,] par lequel deux ou plusieurs États visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions [du] [d'un] traité ou du traité dans son ensemble dans leur application à leurs rapports inter se ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

130. Les titres alternatifs proposés pour ce projet de directive sont destinés à indiquer que deux conceptions sont concevables: ou bien la Commission entendra le limiter strictement aux accords complémentaires de « bilatéralisation » et, dans ce cas, le titre logique est le premier (même si l'utilisation des guillemets n'est pas très heureuse²⁶⁰) et il paraît souhaitable d'inclure dans le texte la mention entre crochets; ou bien l'on préférera une formulation plus générale, visant, d'une manière globale, tous les accords dérogatoires, c'est-à-dire aussi bien les « réserves bilatéralisées » que les amendements et les protocoles entre certaines parties aux traités seulement, et la seconde solution (sans la mention entre crochets), paraît préférable. Pour sa part, le Rapporteur spécial penche en faveur de cette dernière par souci d'être aussi complet que possible, même si, comme cela est indiqué ci-dessus²⁶¹, les amendements et les protocoles ne posent pas de véritables problèmes de définition par rapport aux réserves. Dans les deux cas, les nuances entre les formulations possibles devront être expliquées dans le commentaire de ce projet.

2. Les déclarations unilatérales visant à la suspension d'un traité ou de certaines de ses dispositions

131. À la différence des procédés étudiés ci-dessus, qui traduisent l'accord des parties au traité ou de certaines d'entre elles, les notifications dont il est question dans le présent paragraphe sont des déclarations unilatérales comme le sont les réserves. Et, comme celles-ci, elles peuvent viser à exclure l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'auteur de la notification, mais seulement à titre temporaire. Elles peuvent aussi tendre à suspendre l'application du traité dans son ensemble; dans ce cas, elles sont soumises au même régime juridique que les notifications de retrait ou de terminaison du traité. Bien qu'elles soient en général étudiées sous un angle différent, les notifications faites en vertu d'une clause de dérogation ou de sauvegarde ne se distinguent des précédentes que par leur fondement juridique (la disposition conventionnelle les prévoyant et non le droit international général des traités).

²⁶⁰ Elle a été retenue dans le titre du projet de directive 1.5.1 consacré aux « Réserves » aux traités bilatéraux », mais ce procédé a été critiqué par le représentant de l'Espagne à la Sixième Commission (voir *supra*, note 135).

²⁶¹ *Sub litt.* b).

a) Les notifications de suspension, de dénonciation ou de terminaison d'un traité

132. Aux termes de l'article 65, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 :

« La partie qui, sur la base des dispositions de la présente Convention [262], invoque soit un vice de son consentement à être liée par un traité, soit un motif de contester la validité d'un traité, d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application, doit notifier sa prétention aux autres parties. La notification doit indiquer la mesure envisagée à l'égard du traité et les raisons de celle-ci. »

133. On est, ici, indiscutablement en présence de déclarations unilatérales. Toutefois, là s'arrêtent les comparaisons possibles avec les réserves. Ces notifications visent non pas « à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité » « ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers²⁶³ » mais à mettre fin à l'instrument que constitue le traité (dans le cas de la notification de terminaison²⁶⁴), aux rapports conventionnels (dans le cas de la notification de retrait ou de dénonciation d'un traité multilatéral²⁶⁵) ou à libérer les parties « entre lesquelles l'application du traité est suspendue de l'obligation d'exécuter le traité [dans son ensemble] dans leurs relations mutuelles pendant la période de suspension²⁶⁶ ».

134. Le problème d'un éventuel rapprochement avec les réserves pourrait cependant se poser dans l'hypothèse où la suspension ne porte pas sur le traité dans son ensemble, mais sur certaines de ses dispositions seulement : dans ce cas²⁶⁷, il s'agit bien d'exclure, momentanément, l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État ou l'organisation internationale ayant fait la notification de suspension partielle. Et le caractère temporaire de cette exclusion ne constitue pas un élément déterminant de différenciation avec les réserves puisque celles-ci peuvent n'être faites que pour une période déterminée²⁶⁸. Les clauses de réserves peuvent du reste imposer un tel caractère provisoire²⁶⁹.

²⁶² Voir *supra*, par. 73.

²⁶³ Cf. les projets de directives 1.1 et 1.1.1.

²⁶⁴ Cf. l'article 70, paragraphe 1, des Conventions de Vienne.

²⁶⁵ Cf. l'article 70, paragraphe 2, des Conventions de Vienne.

²⁶⁶ Article 72 des Conventions de Vienne.

²⁶⁷ Cette hypothèse n'est pas écartée par les Conventions de Vienne (malgré leur évidente prudence); cf. les articles 57.a (suspension de l'application d'un traité en vertu de ses dispositions) et 44 des deux Conventions sur la « divisibilité des dispositions d'un traité ». Voir Paul Reuter, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels » in Y. Dinstein, éd., *International Law at a Time of Perplexity – Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Nijhoff, Dordrecht, 1989, p. 623 à 634, également reproduit in Paul Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international*, Economica, Paris, 1995, p. 361 à 374.

²⁶⁸ Frank Horn donne l'exemple de la ratification par les États-Unis de la Convention de Montevideo sur l'extradition de 1933 sous réserve que certaines de ses dispositions ne leur seraient pas applicables « until subsequently ratified in accordance with the Constitution of the United States » (jusqu'à ce qu'elles soient ratifiées ultérieurement conformément à la Constitution des États-Unis) (*Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, No 5, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 1988, p. 100).

²⁶⁹ Cf. l'article 25, paragraphe 1, de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants de 1967, et l'article 14, paragraphe 2, de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage de 1975, rédigés dans les mêmes termes : « Chaque réserve aura effet pendant cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de la Partie

135. Toutefois, même dans le cas d'une notification de suspension partielle, un élément fondamental de la définition des réserves demeure absent puisque, par hypothèse, elle est faite (et ne peut être faite que) non pas « à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou quand un État fait une notification de succession à un traité²⁷⁰ » ou, plus généralement, au moment de l'expression par son auteur de son consentement à être lié²⁷¹, mais, au contraire, après que le traité est entré en vigueur à l'égard de celui-ci, ce qui suffit à distinguer clairement de telles déclarations unilatérales des réserves.

136. Du reste, les Conventions de Vienne les soumettent à un régime juridique clairement distinct de celui des réserves²⁷².

b) Les notifications faites en vertu d'une clause de dérogation ou de sauvegarde

137. Il peut se produire que la suspension de l'effet des dispositions d'un traité résulte d'une notification faite non pas, comme dans l'hypothèse envisagée ci-dessus, en vertu des règles du droit international général des traités, mais sur le fondement de dispositions particulières figurant dans le traité lui-même.

138. Comme cela est indiqué ci-dessus²⁷³, ces clauses d'exception se répartissent en deux catégories²⁷⁴ : les clauses de dérogation d'une part, les clauses de sauvegarde d'autre part. Bien que certains auteurs ne fassent pas nettement la distinction entre les unes et les autres²⁷⁵, on peut considérer que les sauvegardes permettent à une partie contractante de ne pas appliquer, temporairement, certaines disciplines du traité du fait des difficultés qu'elle rencontre dans leur mise en œuvre par suite de circonstances spéciales tandis que les dérogations (*waivers*), qui produisent le même effet, doivent être autorisées par les autres parties contractantes ou par un organe chargé du contrôle de la mise en œuvre du traité. Autrement dit, les notifications faites sur la base d'une clause de sauvegarde produisent des effets *ipso facto*, du seul fait qu'elles sont notifiées aux autres parties ou au dépositaire par l'État bénéficiaire, alors que seule l'autorisation des autres parties contractantes ou, plus sou-

considérée. Elle pourra être renouvelée pour des périodes successives de cinq ans au moyen d'une déclaration adressée avant l'expiration de chaque période au Secrétaire général du Conseil de l'Europe »; ou l'article 20 de la Convention Divorce de la Conférence de La Haye du 1er juin 1970, qui autorise un État contractant ne connaissant pas le divorce à se réserver le droit de ne pas reconnaître un divorce, mais dont l'alinéa 2 dispose : « Cette réserve n'aura d'effet qu'aussi longtemps que la loi de l'État qui en a fait usage ne connaîtra pas le divorce. »

²⁷⁰ Projet de directive 1.1.

²⁷¹ Cf. le projet de directive 1.1.2.

²⁷² Cf., en particulier, les articles 65, 67, 68 et 72.

²⁷³ Par. 83.

²⁷⁴ Cf. Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, L.G.D.J., Paris, 6e éd., 1999, p. 218 ou 302.

²⁷⁵ Aleth Manin donne des « clauses de sauvegarde » une définition large, qui englobe à la fois les sauvegardes *stricto sensu* et les dérogations : « On désigne sous les termes de clauses de sauvegarde des dispositions contenues dans certains accords internationaux qui offrent la faculté aux cocontractants qui les invoquent de déroger temporairement, en tout ou en partie, aux dispositions que comportent lesdits accords lorsque et tant que les conditions particulières en justifient l'application, et ce, au terme d'une procédure fixée par chaque accord considéré » (« À propos des clauses de sauvegarde », *R.T.D.E.* 1970, p. 1). Voir aussi Michel Virally, *op. cit.*, note 165 *supra*, p. 14 et 15 ou Fatsah Ouguergouz, « L'absence de clauses de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme : les réponses du droit international général », *R.G.D.I.P.* 1994, p. 290.

vent, d'un organe d'une organisation internationale, donne effet à celles faites en vertu d'une clause de dérogation.

139. La comparaison des articles XIX, paragraphe 1, et XXV, paragraphe 5, de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 fait bien ressortir la différence²⁷⁶. Aux termes du premier :

« Si, par suite de l'évolution imprévue des circonstances et par l'effet des engagements, y compris les concessions tarifaires, qu'une partie contractante a assumés en vertu du présent accord, un produit est importé sur le territoire de cette partie contractante en quantités tellement accrues et à des conditions telles qu'il menace de porter un préjudice grave aux producteurs nationaux de produits similaires, cette partie contractante aura la faculté, en ce qui concerne ce produit, dans la mesure et pendant le temps qui pourront être nécessaires pour prévenir ou réparer ce préjudice, de suspendre l'engagement en totalité ou en partie, de retirer ou de modifier la concession²⁷⁷. »

Il s'agit d'une sauvegarde. Au contraire, la disposition générale du paragraphe 5 de l'article XXV (intitulé « Action collective des parties contractantes ») constitue une clause de dérogation :

« Dans les circonstances exceptionnelles autres que celles qui sont prévues par d'autres articles du présent Accord, les Parties contractantes pourront relever une Partie contractante d'une des obligations qui lui sont imposées par le présent Accord, à la condition qu'une telle décision soit sanctionnée par une majorité des deux tiers des votes émis et que cette majorité comprenne plus de la moitié des Parties contractantes²⁷⁸. »

140. Le point commun à ces deux types de clauses est qu'elles autorisent les États parties au traité dans lequel elles figurent à suspendre temporairement les obligations conventionnelles. En cela elles s'apparentent aux réserves, sans qu'il y ait lieu de s'attacher à la distinction entre sauvegardes et dérogations puisqu'il peut arriver qu'un traité subordonne la formulation d'une réserve aux réactions des autres parties²⁷⁹, ce qui l'apparente à une dérogation plus qu'à une sauvegarde.

141. Comme l'a écrit le professeur Alteh Manin, « l'identité de conception qui préside aux deux techniques mérite d'être signalée. L'une comme l'autre, en effet, sont en apparence peu soucieuses de l'intégrité de l'accord international à laquelle elles préfèrent une application plus universelle dudit accord. La faculté de formuler des réserves est un élément propre à favoriser une acceptation plus générale des traités internationaux. De même, la possibilité de se délier ou d'être délié, pour un temps

²⁷⁶ Cf. Dominique Carreau et Patrick Juillard, *Droit international économique*, L.G.D.J., Paris, 4e éd., 1998, p. 104. L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (voir *supra*, note 197) constitue, dans un domaine très différent, un autre exemple célèbre de clause de sauvegarde.

²⁷⁷ Cette faculté a été réglementée mais non supprimée par l'Accord sur les sauvegardes du GATT de 1994 (Marrakech, 15 avril 1994).

²⁷⁸ Il en va de même, par exemple, de l'article VIII, section 2. a), des Statuts du FMI : « ... aucun État membre n'impose, sans l'approbation du Fonds, de restrictions sur les paiements et transferts afférents à des transactions internationales courantes ».

²⁷⁹ Cf. les exemples donnés par P. H. Imbert, *op. cit.*, note 244 *supra*, p. 174 à 176.

déterminé, de ses obligations internationales est de nature à inciter l'État hésitant à adhérer finalement à un engagement qui lui offre certains avantages²⁸⁰ ».

142. « Là s'arrête toutefois le rapprochement entre les deux procédés²⁸¹. » En effet, dans le cas de la réserve, les partenaires de l'État ou de l'organisation internationale réservataire sont informés *ab initio* des limites de l'engagement de celui-ci, alors que, dans le cas d'une déclaration faite en vertu d'une clause d'exception, il s'agit de pallier des difficultés imprévisibles nées de l'application du traité. L'élément temporel inclus dans la définition des réserves est donc absent, comme il l'est s'agissant de toutes les déclarations unilatérales visant à la suspension des dispositions d'un traité²⁸².

143. On pourrait, par souci d'être complet, songer à inclure une directive ainsi rédigée dans la section 1.4 du Guide de la pratique consacrée aux « Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives » :

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à notifier sa prétention de suspendre l'application de [toutes ou] certaines dispositions d'un traité [que ce soit en application d'une clause de sauvegarde ou de dérogation ou en vertu des règles générales relatives à la suspension des traités] n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

144. Toutefois, compte tenu de l'absence de risques de confusion sérieux entre ces notifications d'une part et les réserves d'autre part, l'inclusion d'une telle directive dans le Guide de la pratique ne paraît pas indispensable.

3. Les procédés permettant un choix entre les dispositions d'un traité par une déclaration unilatérale

145. La distinction entre les réserves d'une part et les déclarations unilatérales faites sur la base d'une clause d'un traité permettant aux États d'effectuer un choix entre les dispositions de celui-ci, d'autre part, s'avère, en revanche, beaucoup plus problématique.

146. Pour tenter de clarifier les choses à cet égard, il convient d'envisager successivement :

- Les déclarations par lesquelles un État exclut, conformément à une possibilité ouverte par le traité, l'application de certaines dispositions de celui-ci;
- Celles par lesquelles il accepte, au contraire, des obligations que le traité présente expressément comme facultatives;
- Celles enfin qui, toujours en vertu d'une faculté ouverte par le traité lui-même, opèrent un choix entre les obligations découlant du traité.

147. Trois remarques liminaires s'imposent :

1° En premier lieu, ici encore, l'objet même de ces déclarations unilatérales est de moduler l'application du traité sur lequel elles portent afin de faciliter

²⁸⁰ Aleth Manin, « À propos des clauses de sauvegarde », *R.T.D.E.* 1970, p. 3.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² Voir *supra*, par. 135. En ce sens, voir aussi Sia Spiliopoulou Åkermark, « Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe », *I.C.L.Q.* 1999, p. 501 et 502.

l'adhésion; en cela elles se rapprochent toutes des réserves telles que les définissent les Conventions de Vienne et le Guide de la pratique.

2° En deuxième lieu, comme cela a déjà été souligné²⁸³, le fait que ces facultés soient ouvertes par le traité dont elles contribuent à moduler l'application ne suffit en aucune manière à opérer la distinction entre ces déclarations unilatérales et des réserves: l'objet des clauses de réserves est, également, de permettre aux États d'écarter l'application de certaines dispositions du traité quitte à ce que cette possibilité soit assortie, le cas échéant, de certaines conditions.

3° Enfin et en troisième lieu, la distinction de ces trois procédés n'est, elle non plus, pas toujours évidente²⁸⁴ – d'autant plus qu'ils peuvent parfois être combinés. Il n'en reste pas moins qu'intellectuellement ils peuvent et doivent être étudiés séparément aux fins de les comparer aux réserves telles qu'elles sont définies par les projets de directives 1.1 et suivants.

a) Les déclarations unilatérales excluant l'application de certaines dispositions d'un traité en vertu d'une clause d'exclusion

148. L'hypothèse considérée ici est envisagée par le paragraphe 1er de l'article 17 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 :

« Sans préjudice des articles 19 à 23, le consentement d'un État [ou d'une organisation internationale] à être lié par une partie d'un traité ne produit effet que si le traité le permet... »

149. Cette disposition, qui a été adoptée sans modification par la Conférence de Vienne de 1968-1969²⁸⁵, est expliquée ainsi par la Commission du droit international dans son rapport final de 1966 sur le projet d'articles sur le droit des traités :

« Certains traités stipulent expressément au profit des États participants la faculté de ne s'engager que pour une ou certaines parties du traité ou de ne pas s'engager pour certaines parties du traité; dans ce cas-là, bien entendu, la ratification, l'acceptation, l'approbation ou l'adhésion partielle est possible. Mais, en l'absence de dispositions de ce genre, la règle reconnue est que la ratification, l'adhésion, etc., doivent s'appliquer au traité dans son intégralité. S'il est possible de formuler des réserves à des dispositions déterminées du traité conformément aux dispositions de l'article 16 [19 dans le texte de la Convention], il est impossible de ne souscrire qu'à des parties déterminées du traité. En conséquence, le paragraphe 1 de l'article prévoit que, sans préjudice des dispositions des articles 16 à 20 [19 à 23] concernant les réserves à des traités multilatéraux, l'expression du consentement d'un État à être lié par une partie d'un traité ne produit effet que si le traité ou les autres États contractants permettent un tel consentement²⁸⁶. »

²⁸³ Voir *supra*, par. 110.

²⁸⁴ Pour des exemples, voir *infra*, par. 180 ou 203 et 204.

²⁸⁵ Voir *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions (Vienne, 26 mars au 24 mai 1968 et 9 avril au 2 mai 1969), Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), rapports de la Commission plénière, par. 156 et 157, p. 141.

²⁸⁶ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 219 et 220.

150. Une première chose est frappante dans cette disposition : alors qu'elle figure dans la section 1 de la partie II (Conclusion des traités), elle effectue un lien avec les articles 19 à 23, ceux qui, précisément, sont consacrés aux réserves. La question ne s'en pose que de manière plus pressante de savoir si les déclarations par lesquelles un État ou une organisation internationale exprime son consentement à n'être lié que par une partie du traité lorsque celui-ci le permet sont ou non des réserves.

151. De telles clauses d'exclusion (*opting* ou *contracting out*) sont très fréquentes. On en trouve des exemples dans les conventions adoptées sous les auspices de la Conférence de La Haye de droit international privé, du Conseil de l'Europe, de l'OIT ou dans des conventions isolées²⁸⁷. Parmi ces dernières, on peut citer, à titre d'exemple, l'article 14, paragraphe 1, de la Convention de Londres du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution par les navires :

« Un État peut, lorsqu'il signe, ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère, déclarer qu'il n'accepte pas l'une quelconque ou l'ensemble des annexes III, IV et V (ci-après dénommées *annexes facultatives*) de la présente Convention. Sous réserve de ce qui précède, les Parties à la Convention sont liées par l'une quelconque des annexes dans son intégralité. »

152. La Conférence de La Haye, que l'on peut sans doute considérer comme la plus inventive en matière de modulation des dispositions des traités élaborés sous ses auspices, a recouru à des clauses d'exclusion à plusieurs reprises :

- Article 8, alinéa 1, de la Convention du 15 juin 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile :

« Chaque État contractant, en signant ou ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, peut déclarer qu'il exclut de l'application de la présente Convention les conflits de lois relatifs à certaines matières. »

- Article 9 de la Convention de La Haye du 1er juin 1956 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères :

« Chaque État contractant, en signant ou ratifiant la présente Convention ou en y adhérant, peut se réserver la faculté de limiter l'étendue de son application, telle qu'elle résulte de l'article premier. »

153. L'insertion de clauses d'exclusion dans les conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe est également fréquente²⁸⁸ :

- Article 34, paragraphe 1, de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends du 29 avril 1957 :

« Chacune des Hautes Parties contractantes peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification, déclarer que son acceptation ne s'étend pas :

²⁸⁷ Les dispositions ci-dessous sont données à titre d'exemples et n'épuisent nullement la liste des clauses d'*exclusion* des conventions adoptées dans ces différents cadres. Pour d'autres exemples, voir en général, P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 171 et 172.

²⁸⁸ Pour d'autres exemples, voir Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 504 et 505.

- a) Au chapitre III relatif à l'arbitrage; ou
 - b) Aux chapitres II et III relatifs à la conciliation et à l'arbitrage. »
- Article 7, paragraphe 1, de la Convention du Conseil de l'Europe sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités du 6 mai 1963 :

« Chacune des Parties Contractantes applique les dispositions des chapitres Ier et II.

Toutefois, chacune des Parties contractantes peut, au moment de la signature, ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion, déclarer qu'elle n'appliquera que les dispositions du chapitre II. Dans ce cas, les dispositions du chapitre premier ne sont pas applicables à l'égard de cette Partie. »

- Article 25, alinéa 1, de la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997 :

« Chaque État peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, déclarer qu'il exclura le chapitre VII de l'application de cette Convention. »

154. Les conventions internationales du travail recourent également à cette technique, conforme à l'esprit de l'article 19 de la Constitution de l'OIT²⁸⁹ :

- Article 2 de la Convention internationale du travail No 63 de 1938 sur les statistiques des salaires et des heures de travail :

« 1. Tout Membre qui ratifie la présente Convention peut, par une déclaration annexée à sa ratification, exclure de l'engagement résultant de sa ratification :

- a) Ou l'une des parties II, III ou IV;
- b) Ou les parties II et IV;
- c) Ou les parties III et IV.

2. Tout Membre qui aura fait une telle déclaration pourra l'annuler en tout temps par une déclaration ultérieure.

3. Tout Membre à l'égard duquel est en vigueur une déclaration faite conformément au paragraphe 1 du présent article doit indiquer chaque année, dans son rapport sur l'application de la présente Convention, dans quelle mesure un progrès quelconque a été réalisé en vue de l'application de la partie ou des parties de la convention exclues de son engagement. »

- Article 17, paragraphe 1²⁹⁰, de la Convention internationale du travail n° 119 du 25 juin 1963 concernant la protection des machines :

²⁸⁹ Voir *supra*, par. 75.

²⁹⁰ Le paragraphe 2 réglemente les déclarations faites conformément au paragraphe 1 et restreignant l'application des dispositions de la Convention.

« Les dispositions de la présente Convention s’appliquent à tous les secteurs d’activité économique, à moins que le Membre ratifiant la Convention n’en restreigne l’application par une déclaration annexée à sa ratification. »

155. On trouve également dans les conventions internationales du travail (et dans d’autres traités) des dispositions plus complexes qui peuvent être comparée à des clauses d’exclusion puisqu’elles reviennent, au bout du compte, à permettre aux États parties d’exclure l’application de certaines dispositions de la Convention à leur égard en même temps qu’elles les obligent à en accepter d’autres, mais qui sont de nature assez différente²⁹¹.

156. À la connaissance du Rapporteur spécial, une large majorité des auteurs qui se sont intéressés à la question de savoir si les déclarations faites en application de ces clauses d’exclusion constituent ou non des réserves y répond par l’affirmative²⁹².

157. L’argument le plus fort en sens contraire tient sans doute à l’opposition constante et décidée de l’OIT à l’égard d’une telle assimilation, alors même que cette organisation recourt régulièrement au procédé de l’*opting out*. Dans sa réponse au questionnaire de la Commission, l’OIT écrit, dans un long passage qui mérite d’être intégralement cité :

« L’OIT a pour pratique, depuis longtemps et de façon constante, de ne pas accepter le dépôt d’instruments de ratification des conventions internationales du travail lorsque ces instruments sont assortis de réserves. Selon un auteur, “le principe fondamental qui consiste à refuser toute réserve est aussi ancien que l’OIT elle-même” (voir W. P. Gormley, “The Modification of Multilateral Conventions by Means of Negotiated Reservations and Other Alternatives: A Comparative Study of the ILO and Council of Europe”, 30 *Fordham Law Review*, 1970, p. 65). Cette pratique n’est appuyée sur aucune disposition explicite de la Constitution, du Règlement de la Conférence ni des conventions internationales du travail, mais trouve son fondement logique dans la singularité des conventions du travail et le tripartisme de l’Organisation. On se réfère en général à deux mémorandums, qui seraient les sources primaires de ce principe rigoureux : d’abord, le Mémorandum présenté par le Directeur du BIT au Conseil de la Société des Nations sur la recevabilité des réserves aux conventions générales, ensuite, la Déclaration de l’Organisation internationale du Travail présentée par écrit en 1951 dans le cadre de la procédure de la CIJ relative aux réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

Dans son Mémorandum au Comité d’experts pour la codification du droit international, le Directeur général du BIT écrivait à propos des conventions du travail :

“Ces conventions ne sont pas établies par les Parties contractantes selon leurs propres idées : elles ne sont pas le fait de plénipotentiaires mais le résultat d’une conférence qui a un caractère juridique particulier et qui

²⁹¹ Voir c) *infra*.

²⁹² Certains cependant, sans prendre nettement position, consacrent des développements distincts à la technique du *contracting out* d’une part et des réserves d’autre part (cf. Bruno Simma, « From Bilateralism to Community Interest in International Law », *R.C.A.D.I.* 1994-VI, vol. 250, p. 329 à 331).

accueil d'autres représentants que ceux des gouvernements. Même si tous les États qu'elles affectent les acceptaient, les réserves resteraient inadmissibles; en effet, les droits que les traités ont reconnus aux intérêts non gouvernementaux en matière d'adoption des conventions internationales du travail seraient déniés si le consentement des gouvernements suffisait à lui seul à modifier la teneur des conventions et à en détourner les effets (voir Société des Nations, *Journal officiel*, 1927, p. [882]).”

Dans la même veine, le mémorandum présenté à la CIJ en 1951 se lisait en partie comme suit :

“Les conventions internationales du travail sont adoptées et entrent en vigueur selon une procédure qui diffère par des aspects importants de celle qui s'applique aux autres instruments internationaux. On a toujours considéré que les caractéristiques particulières de cette procédure faisaient des conventions internationales du travail des instruments intrinsèquement impossibles à ratifier avec des réserves. La position constante de l'Organisation internationale du Travail depuis sa création est que les réserves ne sont pas admissibles. Cette position trouve son origine et sa confirmation dans la pratique invariable de l'Organisation internationale du Travail et dans celle de la Société des Nations entre 1920 et 1946, quand la SDN était dépositaire des instruments de ratification des conventions internationales du travail (voir *CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, 1951*, p. 217, 227 et 228).”

Wilfred Jenks, Conseiller juridique du BIT, a déclaré ce qui suit, à la Conférence de Vienne des Nations Unies sur le droit des traités en 1968 :

“Les réserves aux conventions internationales du travail sont incompatibles avec le but et l'objet de ces conventions. Les dispositions de procédure qui concernent les réserves sont totalement inapplicables au cas de l'OIT, en raison de sa qualité d'institution tripartite où, selon sa Constitution même, les représentants des employeurs et des travailleurs ont un statut égal à celui des représentants des gouvernements. Une grande souplesse est évidemment nécessaire lorsque l'on applique certaines conventions internationales du travail dans des circonstances extrêmement variées, mais les dispositions que, dans son application collective, la Conférence internationale du Travail juge sages et nécessaires à cette fin sont consacrées dans le texte des conventions et, si elles se révèlent mal adaptées à leur objet, sont susceptibles d'être révisées à tout moment par la Conférence selon ses procédures ordinaires. Toute autre solution détruirait le Code international du travail en tant que code de normes communes.”

En bref, en ce qui concerne les conventions internationales du travail, un État membre de l'OIT doit opter soit pour une ratification sans réserve, soit pour une non-ratification. Conformément à cette pratique, le Bureau a refusé à plusieurs occasions des ratifications qui étaient offertes mais qui auraient été soumises à des réserves (dans les années 20, par exemple, les Gouvernements de la Pologne, de l'Inde et de Cuba ont été informés que les ratifications assorties de réserves qu'ils envisageaient n'étaient pas acceptables; voir *Bulletin officiel*, vol. II, p. 18, et vol. IV, p. 290 à 297). De la même manière, le Bureau a refusé d'accepter les réserves proposées par le Pérou en 1936. Plus récem-

ment (1989), il a refusé de prendre acte de la ratification de la Convention No 151 par le Belize, dont les instruments contenaient deux véritables réserves. Dans chaque cas, soit la réserve a été retirée, soit l'État n'a pas pu ratifier la Convention.

Il est intéressant de noter que dans les premières années de l'Organisation, on considérait qu'une convention du travail pouvait être ratifiée avec une réserve particulière, à savoir que la ratification ne prendrait effet que lorsque certains autres États auraient eux-mêmes ratifié le texte (voir Conférence internationale du Travail, troisième session, 1921, p. 220). Comme le disait le Directeur général du BIT dans son mémorandum adressé en 1927 au Conseil de la Société des Nations :

“Ces ratifications ne contiennent réellement aucune réserve, elles ne font que fixer une condition à laquelle la prise d'effet est suspendue; lorsqu'elles entrent réellement en vigueur, leur effet est tout à fait normal et pas du tout restrictif. Ces ratifications conditionnelles sont valables et il ne faut pas les confondre avec les ratifications assorties de réserves qui modifient le fond réel des conventions adoptées par la Conférence internationale du Travail” (pour des exemples de ratifications soumises à des conditions suspensives, voir la déclaration écrite de l'OIT dans la procédure relative à la *Convention sur le génocide, CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, 1951*, p. 264 et 265).

Il n'y a aucun exemple récent de cette pratique. En principe, tous les instruments de ratification prenaient effet 12 mois après leur dépôt auprès du Directeur général.

“En dépit de l'interdiction des réserves, les États membres de l'OIT ont le droit, et parfois l'obligation, de faire des déclarations annexes, soit facultatives soit obligatoires. Une déclaration obligatoire définit par exemple l'étendue des obligations acceptées, ou donne certaines précisions essentielles. Dans certains autres cas, une déclaration n'est nécessaire que lorsque l'État ratificateur souhaite se prévaloir des exclusions, exceptions ou modifications qui sont autorisées. En somme, les déclarations obligatoires et facultatives concernent les limitations *autorisées* par la Convention elle-même, et ne sont donc pas des réserves au sens juridique du terme. Comme le disait le BIT dans sa déclaration écrite dans l'affaire relative aux réserves à la Convention sur le génocide, « ces déclarations font donc partie des clauses de la Convention qu'a approuvées la Conférence lorsqu'elle a adopté le texte de celle-ci, et ne sont comparables à des réserves, ni d'un point de vue juridique ni d'un point de vue pratique » (voir *CIJ, Mémoires, plaidoiries et documents, 1951*, p. 234). Pourtant, certains de ces mécanismes destinés à assouplir les conventions ont « à toutes fins pratiques les mêmes effets opérationnels que des réserves » (voir Gormley, *op. cit. supra*, p. 75)²⁹³. »

« It has been the consistent and long-established practice of the ILO not to accept for registration instruments of ratification of international labour Conventions when accompanied with reservations. As has been written, “this basic proposition of refusing to recognize any reservations is as old as ILO it-

²⁹³ Réponse au questionnaire p. 3 à 5.

self” (see W .P .Gormley, “The Modification of Multilateral Conventions by Means of Negotiated Reservations and Other Alternatives: A Comparative Study of the ILO and Council of Europe”, 39 *Fordham Law Review*, 1970, at p. 65). The practice is not based on any explicit legal provision of the Constitution, the Conference Standing Orders, or the international labour Conventions, but finds its logical foundation in the specificity of labour Conventions and the tripartite structure of the Organization. Reference is usually made to two Memoranda as being the primary sources for such firm principle: first, the 1927 Memorandum submitted by the ILO Director to the Council of the League of Nations on the Admissibility of Reservations to General Conventions, and second, the 1951 Written Statement of the International Labour Organization in the context of the ICJ proceedings concerning the Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

« In his Memorandum to the Committee of Experts for the Codification of International Law, the ILO Director General wrote with respect to labour Conventions:

“these agreements are not drawn up by the Contracting States in accordance with their own ideas: they are not the work of plenipotentiaries, but of a conference which has a peculiar legal character and includes non-Government representatives. Reservations would still be inadmissible, even if all the States interested accepted them; for the rights which the treaties have conferred on non-Governmental interests in regard to the adoption of international labour Conventions would be overruled if the consent of the Governments alone could suffice to modify the substance and detract from the effect of the conventions” (see League of Nations, *Official Journal*, 1927 at p. [882]).

« In the same vein, the ILO Memorandum, submitted to the ICJ in 1951, read in part:

“international labour conventions are adopted and enter into force by a procedure which differs in important respects from the procedure applicable to other international instruments. The special features of this procedure have always been regarded as making international labour conventions intrinsically incapable of being ratified subject to any reservation. It has been the consistent view of the International Labour Organization, since its establishment, that reservations are not admissible. This view is based upon and supported by the consistent practice of the International Labour Organization and by the practice of the League of Nations during the period from 1920-1946 when the League was responsible for the registration of ratifications of international labour conventions” (see *ICJ Pleadings*, 1951 at pp.217, 227-228).

« Wilfred Jenks, Legal Adviser of the ILO, addressing in 1968 the United Nations Vienna Conference on the Law of Treaties, stated the following:

“reservations to international labour Conventions are incompatible with the object and purpose of these Conventions. The procedural arrangements concerning reservations are entirely inapplicable to the ILO by reason of its tripartite character as an organization in which, in the language of our Constitution, « representatives of employers and workers »

enjoy « equal status with those of governments ». Great flexibility is of course necessary in the application of certain international labour Conventions to widely varying circumstances, but the provisions regarded by the collective judgment of the International Labour Conference as wise and necessary for this purpose are embodied in the terms of the Conventions and, if they prove inadequate for the purpose, are subject to revision by the Conference at any time in accordance with its regular procedures. Any other approach would destroy the international labour code as a code of common standards.”

« In brief, with relation to international labour Conventions, a member State of the ILO must choose between ratifying without reservations and not ratifying. Consistent with this practice, the Office has on several occasions declined proffered ratifications which would have been subject to reservations (for instance, in the 1920s, the Governments of Poland, India, and Cuba were advised that contemplated ratifications subject to reservations were not permissible; see *Official Bulletin*, vol. II, p.18, and vol. IV, pp.290-297). Similarly, the Organization refused recognition of reservations proposed by Peru in 1936. In more recent years, the Office refused to register the ratification of Convention No.151 by Belize as containing two true reservations (1989). In each instance, the reservation was either withdrawn or the State was unable to ratify the Convention.

« It is interesting to note that, in the early years of the Organization, the view was taken that ratification of a labour Convention might well be made subject to the specific condition that it would only become operative if and when certain other States would have also ratified the same Convention (see International Labour Conference, 3rd session, 1921, at p.220). In the words of the ILO Director General in his 1927 Memorandum to the Council of the League of Nations,

“these ratifications do not really contain any reservation, but merely a condition which suspends their effect; when they do come into force, their effect is quite normal and unrestricted. Such conditional ratifications are valid, and must not be confused with ratifications subject to reservation which modify the actual substance of conventions adopted by the International Labour Conference” (for examples of ratifications subject to suspensive conditions, see Written Statement of the ILO in Genocide Case, *ICJ Pleadings, 1951* at pp.264-265).

« There is no record of recent examples of such a practice. In principle, all instruments of ratification take effect twelve months after they have been registered by the Director-General.

“Notwithstanding the prohibition of formulating reservations, ILO member States are entitled, and, at times, even required, to attach declarations – optional and compulsory accordingly. A compulsory declaration may define the scope of the obligations accepted or give other essential specifications. In some other cases a declaration is needed only where the ratifying State wishes to make use of permitted exclusions, exceptions or modifications. In sum, compulsory and optional declarations relate to limitations authorized by the Convention itself, and thus do not amount to reservations in the legal sense. As the Written Statement of the ILO in the

Genocide Case read, « they are therefore a part of the terms of the convention as approved by the Conference when adopting the convention and both from a legal and from a practical point of view are in no way comparable to reservations » (see *ICJ Pleadings, 1951* at p.234). Yet, for some, these flexibility devices have « for all practical purposes the same operational effect as reservations » (see Gormley, *op. cit., supra* at p.75)²⁹³. »

158. Ce raisonnement reflète une tradition respectable mais n'emporte guère la conviction :

- En premier lieu, s'il n'est pas douteux que les conventions internationales du travail sont adoptées dans des conditions tout à fait particulières, il reste que ce sont des traités entre États et que la participation de représentants non-gouvernementaux à leur adoption ne modifie pas leur nature juridique;
- En deuxième lieu, la possibilité que la Conférence internationale du Travail révisé une convention qui se révèle inadéquate ne prouve rien quant à la nature juridique des déclarations unilatérales faites en application d'une clause d'exclusion: la convention révisée ne saurait s'imposer contre leur gré aux États qui ont fait de telles déclarations lors de leur adhésion à la convention initiale; et peu importe à cet égard qu'il s'agisse ou non de réserves;
- Enfin et surtout, cette position traditionnelle de l'OIT témoigne d'une conception restrictive de la notion de réserves qui n'est pas celle retenue dans les Conventions de Vienne.

159. En effet, celles-ci n'excluent nullement que des réserves puissent être faites non pas en vertu d'une autorisation implicite du droit international général des traités, tel que le codifient les articles 19 à 23 des Conventions de 1969 et 1986, mais sur le fondement de dispositions conventionnelles spécifiques: les clauses de réserves²⁹⁴. Cela ressort clairement de l'article 19 b) des Conventions, qui concerne les traités disposant « que seules des réserves *déterminées* ... peuvent être faites » ou de l'article 20, paragraphe 1, aux termes duquel « [u]ne réserve expressément autorisée par un traité n'a pas à être ultérieurement acceptée... ».

160. En fait les clauses d'exclusion s'apparentent nettement aux clauses de réserves, et les déclarations unilatérales faites en conséquence, à de telles réserves « déterminées » et « expressément autorisées » par un traité, y compris dans le cadre des conventions internationales du travail²⁹⁵. Elles sont bien des déclarations unilatérales formulées au moment de l'expression du consentement à être lié et visant à exclure l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule, ce qui correspond très exac-

²⁹⁴ Voir *supra*, par. 110.

²⁹⁵ En revanche, il ne paraît guère douteux qu'une pratique acceptée comme étant le droit s'est développée à l'OIT en vertu de laquelle toute déclaration unilatérale visant à limiter l'application des dispositions des conventions internationales du travail non expressément prévue ne saurait être admise. Il en va sans doute ainsi également s'agissant des conventions adoptées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé (cf. Georges A. L. Droz, « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1969, p. 388 à 392). Mais c'est une question toute différente de celle de la définition des réserves.

tement à la définition même des réserves; et, à première vue en tous cas²⁹⁶, il ne semble pas qu'elles soient, ou doivent, être soumises à un régime juridique distinct.

161. Sauf l'absence du mot « réserve », on voit mal ce qui différencie les clauses d'exclusion précitées²⁹⁷

- De l'article 16 de la Convention de La Haye du 14 mars 1970 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages :

« Un État contractant pourra se réserver le droit d'exclure l'application du chapitre premier »,

dont l'article 28 précise qu'il prévoit la possibilité de « réserves »;

- De l'article 33 de la Convention conclue le 18 mars 1978 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale :

« Tout État, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, a la faculté d'exclure en tout ou en partie l'application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 4, ainsi que du chapitre II. Aucune autre réserve ne sera admise »;

- Ou de l'article 35, intitulé « Réserves », de la Convention de Lugano du Conseil de l'Europe du 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement :

« Tout signataire peut, au moment de la signature ou au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, déclarer qu'il se réserve le droit :

...

c) de ne pas appliquer l'article 18. »

Et l'on pourrait multiplier les exemples presque à l'infini.

162. Le seul élément troublant est constitué par la présence simultanée, dans certaines conventions (en tout cas du Conseil de l'Europe), de clauses d'exclusion *et* de clauses de réserves²⁹⁸. Le Rapporteur spécial ne voit pas d'autre explication à cette situation qu'une incertitude terminologique²⁹⁹. Il est du reste frappant que, dans sa réponse au questionnaire de la Commission, cette Organisation mentionne parmi les problèmes rencontrés en matière de réserves ceux tenant à l'article 34 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends alors même que le mot « réserve » ne figure pas dans cette clause d'exclusion très typique³⁰⁰.

²⁹⁶ Ceci demande à être vérifié mais il ne s'agit de toutes manières plus d'un problème de définition.

²⁹⁷ Par. 151 à 154.

²⁹⁸ Cf. les articles 7 (*supra*, par. 153) et 8 de la Convention du Conseil de l'Europe de 1968 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et les exemples donnés par Sia Spiliopoulo Åkermark, « Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe », *I.C.L.Q.* 1999, p. 506, note 121.

²⁹⁹ Cette incertitude est également soulignée par Sia Spiliopoulo Åkermark, *op. cit.*, p. 513.

³⁰⁰ Voir *supra*, par. 153.

163. Le moins que l'on puisse dire est que la distinction n'apparaît pas avec la clarté de l'évidence³⁰¹ et que, tant en ce qui concerne leur forme que leurs effets³⁰², les déclarations faites lors de l'expression du consentement à être lié en vertu de clauses d'exclusion sont, en tous points, comparables à des réserves lorsque celles-ci sont limitativement prévues par des clauses de réserves.

164. En réalité, les clauses d'exclusion se présentent comme des « réserves négociées » dans l'acception courante (et trompeuse) de cette expression, apparue dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé et développée dans celui du Conseil de l'Europe³⁰³. Comme le relève le professeur Pierre-Henri Imbert, « [a]u sens strict du terme, elle signifie que c'est la réserve – et pas simplement le droit d'en formuler une – qui fait l'objet de négociations. C'est-à-dire que, contrairement aux clauses traditionnelles, celles qui appliquent une telle procédure devraient permettre de connaître à l'avance non seulement le contenu de la réserve mais aussi l'État qui la fera effectivement³⁰⁴ ». Toutefois, au sein du Conseil de l'Europe, l'expression est utilisée dans un sens plus large et vise la « *procédure* qui a pour objet d'énumérer soit dans le corps même de la Convention, soit dans une annexe, les limites des facultés offertes aux États de formuler une réserve³⁰⁵ ».

165. Il ne s'agit donc nullement de « réserves » au sens propre du terme, mais de clauses de *réserves* limitatives et précisément définies durant la négociation du traité. À vrai dire, rien de plus³⁰⁶, y compris dans les très rares hypothèses où un État déterminé est mentionné dans la clause comme étant son seul bénéficiaire³⁰⁷.

166. De l'avis du Rapporteur spécial, ces précisions terminologiques ont leur place dans le chapitre du Guide de la pratique consacré aux définitions, étant entendu, on ne saurait trop y insister, que, d'une part, elles ne préjugent pas du régime juridique particulier qui, le cas échéant, devrait être prévu pour telle ou telle catégorie de réserves, et que, d'autre part, rien, en tout état de cause, n'empêche les Parties à un traité de s'entendre sur un régime spécifique ou dérogatoire.

³⁰¹ Dans le même sens, voir Pierre-Henri Imbert, op. cit., note 244 *supra*, p. 169 ou Sia Spiliopoulou Åkermark, op. cit., p. 505 et 506.

³⁰² Dans le même sens, voir 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*, 1970-1971, pp. 75 et 76.

³⁰³ Voir Georges A. L. Droz, « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1969, p. 385 à 388; Héribert Golsong, « Le développement du droit international régional » in S.F.D.I., Colloque de Bordeaux, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, 1977, p. 228 ou Sia Spiliopoulou Åkermark, op. cit., p. 489 et 490.

³⁰⁴ Op. cit., note 244 *supra*, p. 196.

³⁰⁵ Héribert Golsong, « Le développement du droit international régional » in S.F.D.I., Colloque de Bordeaux, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, 1977, p. 228 – italiques ajoutées; voir aussi Sia Spiliopoulou Åkermark, op. cit., p. 498; voir aussi p. 489 et 490.

³⁰⁶ En ce sens: Sia Spiliopoulou Åkermark, op. cit., pp. 498 et 499 ou Pierre-Henri Imbert, op. cit., p. 197 à 199.

³⁰⁷ Cf. l'annexe à la Convention européenne pour la responsabilité civile pour les dommages causés par les véhicules à moteur, qui ouvre à la Belgique la faculté de faire une réserve particulière durant trois ans ou l'article 32, paragraphe 1.b) de la Convention européenne sur la télévision transfrontière de 1989, qui offre au seul Royaume-Uni la possibilité de formuler une réserve spécifiée; exemples donnés par Sia Spiliopoulou Åkermark, *ibid.*, p. 499.

167. En ce qui concerne les déclarations unilatérales formulées lors de l'expression du consentement de leur auteur à être lié par le traité conformément à une clause d'exclusion, un projet de directive pourrait être ajouté à la section 1.1 du Guide de la pratique en vue de préciser qu'il s'agit bel et bien de réserves, quel que soit leur libellé ou leur désignation. Un tel projet pourrait être rédigé ainsi :

1.1.8³⁰⁸ Réserves formulées en vertu de clauses d'exclusion

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale à l'occasion de l'expression de son consentement à être lié par un traité ou quand un État fait une notification de succession, en conformité avec une clause expresse figurant dans ce traité autorisant les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties constitue une réserve.

168. En revanche, et non sans hésitation, le Rapporteur spécial ne propose pas l'inclusion dans le Guide de la pratique d'un projet de directive définissant les « réserves négociées ». Sans doute, cette expression est-elle trompeuse³⁰⁹, mais il ne paraît pas y avoir de raison déterminante de lui accorder un traitement différent de celui proposé ci-dessus pour les clauses de réserves elles-mêmes³¹⁰.

169. Si, cependant, la Commission était d'un avis contraire, la définition suivante pourrait être envisagée (et probablement incluse dans la section 1.7 du Guide de la pratique) :

« Réserves négociées »

Une « réserve négociée » est [la disposition d'un traité] [une clause de réserves] indiquant de manière précise et limitative les réserves pouvant être apportée à [ce] [un] traité.

Le choix de l'une ou l'autre des expressions entre crochets dépend de la question de savoir si l'expression « clause de réserves » sera ou non définie par ailleurs.

170. Le projet de directive 1.1.8 proposé ci-dessus est pleinement compatible avec les dispositions de l'article 17, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986³¹¹. Comme on l'a relevé : « What is the legal meaning of the reference in Article 17 ("without prejudice to...") to Articles 19 to 23 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, if not to imply that in some cases options amount to reservations?³¹² » (Quelle est la signification juridique de la référence à l'article 17 (« sans préjudice des... ») articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, sinon d'impliquer que, dans certains cas, les options sont en réalité des réserves?).

171. Toutefois, à l'inverse, il apparaît que cette disposition est rédigée comme impliquant également que toutes les clauses offrant aux parties le choix entre diverses dispositions d'un traité ne sont pas des réserves.

³⁰⁸ Cette numérotation est provisoire, la Commission voudra peut-être placer ce projet après le projet de directive 1.1.2.

³⁰⁹ Voir *supra*, par. 165-165.

³¹⁰ Voir note 220.

³¹¹ Citées ci-dessus, par. 148.

³¹² Sia Spiliopoulo Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 506.

172. Comme cela est indiqué ci-dessous³¹³, tel est certainement le cas des déclarations faites en vertu de clauses d'*opting in*. Mais on peut se demander si ce ne l'est pas également de certaines déclarations faites en application de clauses d'*opting out*.

173. Il arrive en effet que certains traités prévoient que les parties peuvent exclure, par une déclaration unilatérale, l'effet juridique de certaines de leurs dispositions dans leur application à l'auteur de la déclaration non pas (ou pas seulement) au moment de l'expression du consentement à être lié, mais après l'entrée en vigueur du traité à leur égard. Ainsi :

- L'article 82 de la Convention internationale du travail sur les standards minimum autorise un État membre qui l'a ratifiée à dénoncer, 10 ans après la date d'entrée en vigueur de la Convention, soit celle-ci dans son ensemble, soit l'une ou plusieurs des parties II à X;
- L'article 22 de la Convention de La Haye du 1er juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps autorise les États contractants à « déclarer à tout moment que certaines catégories de personnes qui ont sa nationalité pourront ne pas être considérés comme ses ressortissants pour l'application de la présente convention³¹⁴ »;
- L'article 30 de la Convention de La Haye du 1er août 1989 sur les successions dispose :

« Tout État Partie à la Convention pourra dénoncer celle-ci, ou *seulement son chapitre III*, par une notification adressée par écrit au dépositaire »;
- L'article X de l'Accord cadre de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) sur les services du 4 juillet 1996 autorise un État membre à modifier ou retirer tout engagement particulier pris en vertu du traité à certaines conditions, à n'importe quel moment une fois expirée un délai de trois ans après l'entrée en vigueur de l'engagement.

174. Les déclarations unilatérales faites en vertu de dispositions de ce genre ne sont certainement pas des réserves³¹⁵.

175. À cet égard, le seul fait qu'elles soient formulées (ou puissent l'être) à un moment autre que celui du consentement à être lié n'est peut-être pas absolument décisif dans la mesure où rien n'interdit aux négociateurs de déroger aux dispositions des Conventions de Vienne qui n'ont qu'un caractère supplétif et cette considération sera étudiée de manière plus approfondie dans le chapitre suivant du présent rapport.

176. Il n'en reste pas moins que les déclarations faites en vertu de ces clauses d'exclusion postérieurement à l'entrée en vigueur du traité se distinguent profondément des réserves par le fait qu'elles ne conditionnent pas l'adhésion de l'État ou de l'organisation internationale qui les font. Les réserves sont un élément de la conclusion et de l'entrée en vigueur du traité comme le montrent d'ailleurs l'inclusion des

³¹³ Voir *infra*, sub litt. b).

³¹⁴ Sur les circonstances dans lesquelles cette disposition a été adoptée, voir Georges A. L. Droz, « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1969, p. 414 et 415. Il s'agit là, typiquement, d'une « réserve négociée » au sens indiqué ci-dessus (par. 169) dont le bénéficiaire unique est le Royaume-Uni et qui a, en réalité, les mêmes effets qu'une clause facultative (voir *infra*, par. 180).

³¹⁵ De manière significative, l'article 22 précité de la Convention Divorces de la Conférence de La Haye de 1970 est exclue de la liste des clauses de réserves donnée à l'article 25.

articles 19 à 23 des Conventions de Vienne dans leur deuxième partie intitulée « Conclusion et entrée en vigueur ». Ce sont des acceptations partielles des dispositions du traité sur lequel elles portent; et c'est pourquoi il paraît logique de considérer les déclarations faites au moment de l'expression du consentement à être lié parmi les réserves. Au contraire, les déclarations faites après que le traité a été en vigueur durant un certain temps à l'égard de leur auteur sont des dénonciations partielles qui, dans leur esprit, relève bien davantage de la partie V des Conventions de Vienne relatives à la nullité, l'extinction et la suspension d'application des traités. Elles peuvent du reste être rattachées à l'article 44, paragraphe 1, qui n'exclut pas le droit pour une partie de se retirer partiellement du traité si ce dernier en dispose ainsi.

177. Il serait possible d'inclure dans la section 1.7 du Guide de la pratique un projet de directive donnant cette précision :

Déclarations unilatérales formulées en vertu d'une clause d'exclusion après l'entrée en vigueur du traité

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause expresse figurant dans ce traité autorisant les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties après l'entrée en vigueur du traité à leur égard, ne constitue pas une réserve.

178. Toutefois, le Rapporteur spécial considère qu'une telle précision n'est pas indispensable. Elle n'est que la reprise, a contrario, des indications figurant dans le projet de directive 1.1.8 proposé ci-dessus et il suffit sans doute d'inclure ces explications dans le commentaire de celui-ci.

b) Les déclarations unilatérales acceptant l'application de certaines dispositions d'un traité en vertu d'une clause facultative

179. Par opposition aux clauses d'exclusion en vertu desquelles sont formulées les déclarations unilatérales analysées ci-dessus, on peut réserver l'expression « clauses facultatives » (ou d'*opting* ou de *contracting in*) à la désignation des dispositions prévoyant que les parties à un traité peuvent accepter des dispositions qui, en l'absence d'acceptation expresse, ne leur seraient pas applicables³¹⁶.

180. Paradoxalement la distinction entre les clauses facultatives et les clauses d'exclusion ne va pas toujours de soi. Outre les problèmes particuliers posés par les clauses ouvrant un choix entre les dispositions d'un traité, dont certaines s'apparentent aussi bien aux unes qu'aux autres³¹⁷, on peut noter l'existence de clauses, apparemment d'exclusion, qui s'analysent en réalité comme des clauses facultatives en ce sens que les déclarations faites en vertu de ces dispositions reviennent en fait à accorder des droits supplémentaires aux autres parties au traité, donc à accroître les *obligations* de l'État ou de l'organisation internationale ayant fait la déclaration.

³¹⁶ Ici encore, cette expression mériterait sans doute d'être définie dans le Guide de la pratique si la Commission décide d'inclure dans celui-ci la définition des termes employés (autres que les réserves et les déclarations interprétatives).

³¹⁷ Et qui seront étudiées ci-dessous, *sub litt. c*).

181. Tel est le cas, par exemple, de l'article 22 précité (par. 173) de la Convention de La Haye de 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, dont la portée, complexe, a été expliquée en ces termes par Georges Droz :

« Cette faculté paraît bien mystérieuse. Il faut se souvenir que la Convention retient la compétence des autorités nationales des époux comme fondement de la reconnaissance d'un divorce étranger. La faculté a pour but de permettre au Royaume-Uni de préciser que certaines personnes qui sont des british subjects, mais qui ne sont pas ressortissants du Royaume-Uni lui-même (Angleterre, Écosse, Pays de Galles, Irlande du Nord), par exemple des ressortissants de Hong Kong, ne seront pas considérés comme des "nationaux" pour l'application de la Convention. C'est-à-dire qu'un État lié par le Traité au Royaume-Uni reconnaîtra certes les jugements rendus au Royaume-Uni concernant des Anglais ou des Écossais, mais ne sera pas obligé de reconnaître, *sur la seule base de la nationalité des époux*, des jugements rendus à Londres au profit de deux ressortissants de Hong Kong. Il s'agit bien ici d'une faculté permettant de donner une certaine précision et non pas d'une réserve. En effet, le Royaume-Uni ne cherche pas du tout à *amoindrir* à son égard l'effet de la Convention mais au contraire veut éviter à ses partenaires une extension considérable des obligations de la Convention qui serait due uniquement à la conception de la nationalité britannique³¹⁸. »

182. Au-delà de ces problèmes, souvent délicats, de « frontière » entre diverses catégories de dispositions conventionnelles permettant aux États d'opérer un choix entre les dispositions du traité, il reste que les clauses facultatives dont il s'agit ici ont en effet pour objet non pas d'amoindrir mais d'accroître les obligations découlant du traité pour l'auteur de la déclaration unilatérale.

183. La plus célèbre de ces clauses est l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice³¹⁹, mais il en existe bien d'autres, soit conçues sur le même modèle et se traduisant par l'acceptation de la compétence d'un certain mode de règlement des différends ou du contrôle par un organe créé par le traité comme le prévoit l'article 41, paragraphe 1, du Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques :

« Tout État partie au présent Pacte peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité [des droits de l'homme] pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte...³²⁰ »

³¹⁸ Georges A. L. Droz, « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1969, p. 414 et 415; italiques dans le texte.

³¹⁹ Voir *supra*, par. 90.

³²⁰ Comparer avec l'article premier du Protocole facultatif. Voir aussi les anciens articles 25 (Acceptation du droit de saisine individuelle de la Commission) et 46 (Acceptation des requêtes interétatiques) de la Convention européenne des droits de l'homme (ces articles ont été modifiés, dans le sens de la compétence obligatoire automatique par les articles 33 et 34 du Protocole 11 du 11 mai 1994) ou l'article 45, paragraphe 1, de la Convention interaméricaine des droits de l'homme : « Tout État partie peut, au moment du dépôt de son instrument de ratification ou d'adhésion, ou ultérieurement, déclarer qu'il reconnaît la compétence de la Commission pour recevoir et examiner les communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État a violé les droits de l'homme énoncés dans la présente Convention. »

soit présentant un caractère exclusivement normatif comme, parmi de très nombreux exemples, l'article 25 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires :

« Tout État contractant peut, à tout moment, déclarer que les dispositions de la Convention seront étendues, dans ses relations avec les États qui auront fait la même déclaration, à tout acte authentique dressé par-devant une autorité ou un officier public, reçu et exécutoire dans l'État d'origine, dans la mesure où ces dispositions peuvent être appliquées à ces actes³²¹. »

184. Bien que, curieusement, un auteur ait cru pouvoir affirmer que les déclarations unilatérales faites en vertu de telles clauses facultatives « fonctionnaient comme des réserves³²² », elles présentent, en réalité, techniquement peu de points communs avec celles-ci mis à part le fait (important) qu'elles visent les unes et les autres à moduler l'application des effets du traité.

185. Il est tout à fait clair que « opt-out clauses seem to be much closer to reservations than opt-in clauses³²³ » (les clauses d'*opting out* semblent être bien plus proches des réserves que les clauses d'*opting in*). Non seulement en effet,

1° Les déclarations faites en vertu de ces dernières peuvent l'être, en général, à n'importe quel moment, mais encore,

2° Les clauses facultatives « start from a presumption that parties are not bound by anything other than they have explicitly chosen³²⁴ » (partent de la présomption selon laquelle les parties ne sont liées par rien d'autres que ce qu'elles ont expressément choisi) alors que les clauses d'exclusion, comme le mécanisme des réserves partent de la présomption inverse; et

3° Les déclarations faites en vertu de clauses facultatives visent non pas à « exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application » à leur auteur³²⁵ ou à limiter les obligations que lui impose le traité³²⁶, mais, au contraire, à les accroître alors que la seule entrée en vigueur du traité à son égard n'a pas cet effet.

³²¹ Voir aussi les articles 16 et 17, alinéas 2, de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ou l'article 15 de celle du 15 novembre 1965 sur la notification des actes judiciaires, ou l'article 4, paragraphes 2 et 4, de la Convention de l'OIT No 118 de 1962 concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale (voir aussi les exemples donnés le Mémoire de l'OIT à la CIJ en 1951, in C.I.J., *Réserves à la Convention sur le génocide, Mémoires, plaidoiries et documents*, p. 232) ou encore l'article 4, paragraphe 2 g), de la Convention-cadre de New York sur les changements climatiques du 9 mai 1992.

³²² « [I]t is valid to conclude that they *function* as reservations » (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 II, *Fordham Law Review*, 1970-1971, p. 450 – italiques dans le texte). L'auteur fait cette remarque à propos de l'ancien article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme; voir aussi p. 68 et 75 à propos de clauses comparables figurant dans les conventions internationales du travail.

³²³ Sia Spiliopoulou Åkermark, « Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe », *I.C.L.Q.* 1999, p. 479 à 514, note p. 505.

³²⁴ Ibid.

³²⁵ Projet de directive 1.1 du Guide de la pratique.

³²⁶ Projet de directive 1.1.5.

186. On retrouve ici, d'une certaine manière, la problématique compliquée des « réserves extensives³²⁷ ». Mais il ressort du projet de directive 1.4.1 adopté par la Commission en 1999 qu'

« une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique ».

187. La seule différence entre les déclarations visées par ce projet et celles dont il est question ici est que les premières sont formulées à la seule initiative de leur auteur, alors que les secondes sont faites en vertu du traité.

188. Étant données les grandes différences entre elles, une confusion entre réserves d'un côté et déclarations faites en vertu d'une clause facultative n'est guère à craindre, si bien que l'on peut se demander s'il est nécessaire d'inclure une directive à l'effet de les distinguer dans le Guide de la pratique. Le Rapporteur spécial est cependant d'avis qu'il convient de répondre par l'affirmative à cette question : même si elles sont, à l'évidence, techniquement très différentes des réserves, auxquelles les déclarations faites en vertu de clauses d'exclusion peuvent (et doivent être assimilées), celles qui sont fondées sur des clauses facultatives n'en sont pas moins le « revers » des précédentes et leur objectif général est trop proche pour que l'on puisse les passer sous silence, d'autant plus qu'elles sont souvent présentées conjointement³²⁸.

189. Il est donc proposé d'inclure dans la section 1.4 du Guide de la pratique le projet de directive suivant :

1.4.6³²⁹ Déclarations unilatérales formulées en vertu d'une clause facultative

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause expresse figurant dans un traité autorisant les parties à accepter une obligation ne découlant pas de la seule entrée en vigueur du traité à leur égard n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

190. Il va de soi que, si le traité le prévoit ou, dans le silence du traité, si cela est n'est pas contraire au but et à l'objet de la disposition en cause³³⁰, rien n'empêche

³²⁷ Voir le troisième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/491/Add.3, par. 208 à 227.

³²⁸ Cf., par exemple, Michel Virally, qui les englobe dans la même appellation de « clauses facultatives » (« Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités », in Université catholique de Louvain, quatrième colloque du Département des droits de l'homme, *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 13 et 14).

³²⁹ Cette numérotation est provisoire; la Commission voudra peut-être placer ce projet après le projet de directive 1.4.1.

³³⁰ Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que « compte tenu de l'objet et du but de la Convention » européenne des droits de l'homme, les conséquences de restrictions à sa compétence « pour la mise en œuvre de la Convention et la réalisation de ses objectifs auraient une si grande portée qu'il eût fallu prévoir explicitement un pouvoir en ce sens. Or ni l'article 25 ni l'article 46 [sur ces dispositions, voir *supra*, note 320] ne renferment pareille disposition » (arrêt du 23 mars 1995, par. 75, *R.U.D.H.* 1995, p. 139).

qu'une telle déclaration soit assortie, à son tour, de restrictions visant à limiter l'effet juridique de l'obligation ainsi acceptée.

191. Tel est le cas des réserves fréquemment formulées par les États lorsqu'ils acceptent la clause facultative d'acceptation de juridiction facultative de la Cour internationale de Justice en vertu de l'Article 36, paragraphe 2, du Statut de celle-ci³³¹.

192. Il ne saurait être question, dans le cadre du présent rapport, d'entrer dans une discussion détaillée de la nature juridique de ces réserves et conditions³³². Il suffit sans doute de se rallier aux vues exprimées par l'Ambassadeur Shabtai Rosenne dans son maître-livre sur le droit et la pratique de la Cour internationale³³³ :

« There is a characteristic differences between these reservations, and the type of reservation to multilateral treaties encountered in the law of treaties ... Since the whole transaction of accepting the compulsory jurisdiction is ex definitione unilateral and individualized and devoid of any multilateral element or element of negotiation, the function of reservations in a declaration cannot be to exclude or vary the legal effect of some existing provision in relation to the State making the declaration. Their function, together with that of the declaration itself, is to define the terms on which that State unilaterally accepts the compulsory jurisdiction - to indicate the disputes which are included within that acceptance, in the language of the *Right of Passage* (Merits) case³³⁴. »

[Il existe une différence marquée entre ces réserves et celles qui s'appliquent aux traités multilatéraux que l'on rencontre dans le droit des traités ... Dès lors que toute l'opération d'acceptation de la compétence obligatoire est, par définition, unilatérale, individualisée et dépourvue de tout élément multilatéral ou de tout lien avec une négociation, la fonction des réserves dans une déclaration ne peut être d'exclure ou de modifier l'effet juridique d'une disposition existante à l'égard de l'État faisant la déclaration. Leur fonction, comme celle de la déclaration elle-même, est de définir les termes sur la base desquels cet État accepte unilatéralement la juridiction obligatoire – d'indiquer les différends

³³¹ Bien que le Statut soit muet sur la possibilité d'assortir les déclarations facultatives de l'Article 36, paragraphe 2, de réserves autres que la condition de réciprocité, cette faculté, bien établie en pratique et confirmée par le Comité IV/1 de la Conférence de San Francisco (cf. *UNCIO*, vol. 13, p. 39), ne fait aucun doute. Cf. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *Jurisdiction*, p. 767 à 769; voir aussi l'opinion dissidente du juge Bedjaoui jointe à l'arrêt de la CIJ du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries (*Espagne c. Canada*), par. 42); et, pour une discussion récente de cette question, voir les plaidoiries dans l'affaire de l'Incident aérien du 10 août 1999 (*Pakistan c. Inde*), 3 avril 2000, CR 2000/1, p. 19 à 24 (M. Munshi) et 4 avril 2000, CR 2000/2, p. 20 et 21 (M. Brownlie).

³³² Shabtai Rosenne opère une distinction entre ces deux notions (ibid., p. 768 et 769) qui n'emporte pas la conviction du Rapporteur spécial, mais ceci est sans incidence aux fins du présent rapport.

³³³ En revanche, la seconde raison invoquée par l'Ambassadeur Rosenne ne paraît pas déterminante: elle est fondée sur le contrôle exercé par la Cour sur la validité des réserves incluses dans les déclarations facultatives (ibid., p. 769 et 770); mais s'il n'est pas inhérent à l'institution des réserves aux traités, un tel contrôle peut également s'exercer, le cas échéant, sur les réserves aux traités multilatéraux (cf. le deuxième rapport sur les réserves aux traités, A/CN.4/477/Add.1, par. 177 à 251).

³³⁴ Ibid., p. 769. Le passage en question de l'arrêt relatif à l'affaire du Droit de passage en territoire indien du 12 avril 1960 figure à la page 34 du *C.I.J. Recueil 1960*.

qui sont couverts par l'acceptation, pour reprendre l'expression utilisée dans l'affaire du Droit de passage (Fond)].

193. Ces constatations sont conformes à la jurisprudence de la Cour et, notamment à son récent arrêt du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries entre l'Espagne et le Canada :

« Les conditions ou réserves, de par leur libellé, n'ont donc pas pour effet de déroger à une acceptation de caractère plus large déjà donnée. Elles servent plutôt à déterminer l'étendue de l'acceptation par l'État de la juridiction obligatoire de la Cour ... Tous les éléments d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, qui, pris ensemble, comportent l'acceptation de la compétence de la Cour par l'État auteur de la déclaration, doivent être interprétés comme formant un tout...³³⁵ »

194. Il en va de même s'agissant des réserves dont les États assortissent les déclarations faites en vertu d'autres clauses facultatives comme, par exemple, celles résultant de l'acceptation de la compétence de la Cour internationale de Justice en vertu de l'article 17 de l'Acte général d'arbitrage³³⁶ au sujet desquelles la Cour a souligné « le lien étroit et nécessaire qui existe toujours entre une clause juridictionnelle et les réserves dont elle fait l'objet³³⁷ ».

195. Il apparaît donc impossible d'assimiler purement et simplement les réserves figurant dans les déclarations unilatérales par lesquelles un État ou une organisation internationale accepte une disposition d'un traité en vertu d'une clause facultative à une réserve à un traité multilatéral. Sans doute est-il exact que leur objet ultime est de limiter l'effet juridique de la disposition que l'auteur de la déclaration reconnaît ainsi comme lui étant applicable. Mais la réserve en question n'est pas détachable de la déclaration et ne constitue pas, en elle-même, une déclaration unilatérale.

196. Compte tenu de l'extrême importance théorique et pratique³³⁸ de la distinction, il paraît nécessaire que celle-ci soit reflétée par une directive du Guide de la pratique, qui constitue le complément nécessaire du projet de directive 1.4.6 proposé ci-dessus. Il pourrait être rédigé de la manière suivante :

1.4.7 Restrictions figurant dans les déclarations unilatérales adoptées en vertu d'une clause facultative

Une restriction ou condition figurant dans une déclaration unilatérale adoptée en vertu d'une clause facultative ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

³³⁵ Par. 44. Voir aussi le paragraphe 47 : « Ainsi, les déclarations et les réserves doivent être considérées comme un tout. »

³³⁶ Ceci, sans préjudice de la nature juridique exacte de l'article 38 de cet Acte; voir *infra*, par. 200.

³³⁷ Arrêt du 19 décembre 1978, affaire du Plateau continental de la mer Égée, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 33, par. 79. Pour une discussion récente de cette question, voir à nouveau les plaidoiries dans l'affaire de l'Incident aérien du 10 août 1999 (*Pakistan c. Inde*), 4 avril 2000, CR 2000/2, p. 44 et 45, et 6 avril 2000, CR 2000/4, p. 20 à 22 (M. Pellet).

³³⁸ Notamment en matière d'interprétation; cf. l'arrêt précité de la CIJ du 4 décembre 1998 dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries, par. 42 à 56.

c) Les déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité

197. Alors que le paragraphe 1 précité³³⁹ de l'article 17 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 concerne l'exclusion partielle des dispositions d'un traité en vertu d'une clause d'exclusion, le paragraphe 2 de cette même disposition vise l'hypothèse, intellectuellement distincte, dans laquelle le traité contient une clause permettant le choix entre plusieurs de ses dispositions :

« Le consentement d'un État [ou d'une organisation internationale] à être lié par un traité qui permet de choisir entre des dispositions différentes ne produit effet que si les dispositions sur lesquelles il porte sont clairement indiquées. »

198. Le commentaire de cette disposition, reprise sans changement par la Conférence de Vienne³⁴⁰, est concis mais précise suffisamment l'hypothèse envisagée :

« Le paragraphe 2 vise une pratique qui n'est pas très commune mais qu'on rencontre parfois, par exemple dans l'Acte général d'arbitrage (Règlement pacifique des différends internationaux) et dans quelques conventions conclues sous les auspices de l'Organisation internationale du Travail. Le traité offre à chaque État le choix entre des dispositions différentes du traité³⁴¹. »

199. Comme on l'a fait remarquer³⁴², il n'est pas exact (ou, en tout cas, plus exact) qu'une telle pratique ne soit, aujourd'hui, « pas très commune ». Elle est, en réalité, assez répandue, du moins dans le sens apparemment assez vague que lui donnait la Commission en 1966. Mais celui-ci inclut deux hypothèses distinctes, qui ne se recouvrent pas entièrement.

200. La première est illustrée, par exemple, par les déclarations faites en vertu de l'Acte général d'arbitrage de 1928³⁴³ dont l'article 38 (al. 1) dispose :

« Les adhésions au présent Acte général pourront s'appliquer :

a) Soit à l'ensemble de l'Acte (chapitre Ier, II, III et IV);

b) Soit seulement aux dispositions relatives à la conciliation et au règlement judiciaire (chapitres Ier et II), ainsi qu'aux dispositions générales concernant cette procédure (chapitre IV). »

201. Il en va de même de plusieurs conventions de l'OIT où cette technique, souvent reprise par la suite³⁴⁴, a été inaugurée par la Convention No 102 de 1952 sur la norme minimum de sécurité sociale, dont l'article 2 dispose :

« Tout membre pour lequel la présente Convention est en vigueur devra :

« a) Appliquer :

³³⁹ Voir par. 179.

³⁴⁰ Voir *supra*, note 285.

³⁴¹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 220, par. 3 du commentaire de l'article 14 (devenu l'article 17 en 1969).

³⁴² Sia Spiliopoulou Åkermark, « Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe », *I.C.L.Q.* 1999, p. 504.

³⁴³ L'Acte général révisé de 1949 ajoute une troisième possibilité : « C. Soit seulement aux dispositions relatives à la conciliation (chap. I), ainsi qu'aux dispositions générales concernant cette procédure (chap. IV) ».

³⁴⁴ Voir P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 172.

- i) La partie I;
- ii) Trois au moins des parties II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX et X;
- iii) Les dispositions correspondantes des parties XI, XII et XIII;
- iv) La partie XIV. »

202. On peut également citer dans le même esprit deux conventions de grande portée adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe :

- La Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, dont l'article 20, paragraphe 1, prévoit un « système d'acceptation partielle facultatif³⁴⁵ » :

« Chacune des Parties contractantes s'engage :

- a) À considérer la partie I de la présente Charte comme une déclaration déterminant les objectifs dont elle poursuivra par tous les moyens utiles la réalisation, conformément au paragraphe introductif de ladite partie;
- b) À se considérer comme liée par cinq au moins des sept articles suivants de la partie II de la Charte : articles 1er, 5, 6, 12, 13, 16 et 19;
- c) À se considérer comme liée par un nombre supplémentaire d'articles ou paragraphes numérotés de la partie II de la Charte, qu'elle choisira, pourvu que le nombre total des articles et des paragraphes numérotés qui la lient ne soit pas inférieur à 10 articles ou à 45 paragraphes numérotés »;

ce système complexe a été repris par l'article A, paragraphe 1, de la Charte sociale révisée le 3 mai 1996³⁴⁶;

- L'article 2 de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992 procède d'une manière comparable :

« 1. Chaque Partie s'engage à appliquer les dispositions de la partie II à l'ensemble des langues régionales ou minoritaires pratiquées sur son territoire, qui répondent aux définitions de l'article 1er.

2. En ce qui concerne toute langue indiquée au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, conformément à l'article 3, chaque Partie s'engage à appliquer un minimum de trente-cinq paragraphes ou alinéas choisis parmi les dispositions de la partie III de la présente Charte, dont au moins trois choisis dans chacun des articles 8 et 12 et un dans chacun des articles 9, 10, 11 et 13. »

203. Une lecture superficielle de ces dispositions pourrait peut-être les faire considérer comme des clauses facultatives au sens proposé ci-dessus³⁴⁷. Mais, en réalité, elles s'en distinguent très fortement : les déclarations qu'elles invitent les Parties à formuler sont non pas facultatives mais obligatoires et conditionnent l'entrée en vi-

³⁴⁵ Hans Wiebringhaus, « La Charte sociale européenne : vingt ans après la conclusion du Traité », *A.F.D.I.* 1982, p. 936.

³⁴⁶ Voir aussi les articles 2 et 3 du Code européen de sécurité sociale de 1964.

³⁴⁷ Par. 179.

gueur du traité à leur égard³⁴⁸ et elles doivent nécessairement être faites à l'occasion du consentement à être lié par le traité.

204. De même, on ne peut assimiler complètement ces déclarations à celles faites en application d'une clause d'exclusion³⁴⁹. Sans doute, au bout du compte, reviennent-elles à exclure l'application des dispositions n'y figurant pas. Mais elles le font indirectement, par le biais d'une « acceptation partielle³⁵⁰ » et non en excluant l'effet juridique de celles-ci mais du fait du silence gardé par l'auteur de la déclaration à leur égard.

205. Il en va de même des déclarations faites en vertu de la seconde catégorie de clauses conventionnelles ouvrant, plus nettement encore, un choix entre les dispositions du traité du fait qu'elles obligent les parties à retenir une disposition donnée (ou un ensemble de dispositions déterminé) *ou, alternativement*, une autre disposition (ou un ensemble d'autres dispositions). Il ne s'agit plus ici de choisir *parmi* les dispositions du traité mais *entre elles*, étant entendu que, contrairement à ce qui se passe dans le cas précédent, le cumul est exclu³⁵¹ et l'acceptation du traité n'est pas partielle (même si les obligations en découlant peuvent être plus ou moins contraignantes selon l'option choisie).

206. Ces « clauses alternatives » sont plus rares que celles analysées ci-dessus. Elles n'en existent pas moins, comme le montrent, par exemple :

– L'article 2 de la Convention No 96 (révisée) de l'OIT de 1949 sur les bureaux de placement payants³⁵² :

« 1. Tout Membre qui ratifie la présente Convention indiquera dans son instrument de ratification s'il accepte les dispositions de la partie II, prévoyant la suppression progressive des bureaux de placement payants à fin lucrative et la réglementation des autres bureaux de placement, ou les dispositions de la partie III prévoyant la réglementation des bureaux de placement payants, y compris les bureaux de placement à fin lucrative.

2. Tout Membre qui accepte les dispositions de la partie III de la convention peut ultérieurement notifier au Directeur général qu'il accepte les dispositions de la partie II; à partir de la date d'enregistrement d'une telle notification par le Directeur général, les dispositions de la partie III de la Convention cesseront de porter effet à l'égard dudit Membre et les dispositions de la partie II lui deviendront applicables »;

³⁴⁸ Ceci ressort du reste de la rédaction de l'article 17, paragraphe 2, précité (par. 148) des Conventions de Vienne.

³⁴⁹ Voir *supra*, a).

³⁵⁰ P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 170

³⁵¹ L'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 est intermédiaire entre les deux procédés : les États doivent choisir une ou plusieurs procédures obligatoires de règlement des différends aboutissant à des décisions obligatoires, faute de quoi la procédure d'arbitrage prévue à l'annexe VII s'applique. Mais il peut exister un cumul des différentes procédures prévues.

³⁵² Pierre-Henri Imbert souligne qu'il s'agit du « meilleur exemple » de ce type de clause permettant « aux États de procéder à un choix dans le sens restrictif » (*Les réserves aux traités multilatéraux*, Pedone, Paris, 1979, p. 172); voir aussi Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, No 5, T.M.C. Asser Instituut, The Hague, 1988, p. 134.

- Ou la section 1 de l’article XIV des Statuts du FMI (modifié en 1976), aux termes duquel :

« Chaque État membre doit notifier au Fonds s’il entend se prévaloir des dispositions transitoires prévues à la section 2 du présent article [“Restrictions de change”] ou s’il est prêt à assumer les obligations visées aux sections 2, 3 et 4 de l’article VIII [“Obligations générales des États membres”]. Dès qu’un État membre se prévalant des dispositions transitoires est prêt à assumer les obligations susmentionnées, il en notifie le Fonds. »

207. Comme on l’a écrit, « [o]ptional commitments ought to be distinguished from authorized reservations although they in many respects resemble such reservations³⁵³ » (les engagements optionnels devraient être distingués des réserves même s’ils leur ressemblent à maints égards). Du reste, le silence du paragraphe 2 de l’article 17 des Conventions de Vienne, qui contraste avec l’allusion du paragraphe 1 aux articles 19 à 23 relatifs aux réserves³⁵⁴, constitue, par contraste avec les déclarations unilatérales faites en vertu d’une clause d’exclusion, un indice de la nette césure existant entre les réserves et ces engagements alternatifs.

208. Dans les deux formes qu’ils peuvent prendre, il s’agit, assurément, d’alternatives aux réserves en ce sens qu’ils constituent des procédés permettant de moduler l’application d’un traité en fonction des préférences des parties (même si ces préférences sont fortement encadrées par le traité). Au surplus, ils revêtent, comme les réserves, la forme de déclarations unilatérales faites à la signature ou lors de l’expression du consentement à être lié (même s’ils peuvent être modifiés par la suite – mais, à certaines conditions, les réserves peuvent l’être aussi). Et le fait qu’ils soient nécessairement prévus par le traité auquel ils se rattachent ne constitue pas non plus un facteur de différenciation avec les réserves qui peuvent également être limitativement prévues par une clause de réserves.

209. Mais les différences avec les réserves n’en sont pas moins frappantes du fait qu’à l’inverse de celles-ci elles sont la condition *sine qua non*, en vertu du traité, de la participation de l’auteur de la déclaration au traité. Au surplus, elles excluent, certes, l’application de certaines dispositions du traité à l’égard de l’État ou de l’organisation internationale qui fait la déclaration, mais cette exclusion tient au traité lui-même et est inséparable de l’entrée en vigueur d’autres dispositions du traité à l’égard de l’auteur de la même déclaration.

210. Il paraît nécessaire de préciser, dans le Guide de la pratique, que les déclarations unilatérales répondant à cette définition ne constituent pas des réserves au sens de celui-ci. Ce pourrait être fait sous la forme du projet de directive suivant :

1.4.8 Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d’un traité

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause expresse figurant dans un traité obligeant les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité n’entre pas dans le champ d’application du présent Guide de la pratique.

³⁵³ F. Horn, *ibid.*, p. 133.

³⁵⁴ Voir *supra*, par. 150 et 170.

Conclusion de la première partie

211. De l'avis du Rapporteur spécial, ce projet de directive devrait mettre un point final au chapitre premier du Guide de la pratique relatif à la définition des réserves et des déclarations interprétatives.

212. Il va de soi que les 34 projets de directives qui le composent ne peuvent avoir l'ambition de couvrir toutes les hypothèses pouvant se présenter ni de résoudre par avance tous les problèmes pouvant survenir tant est grande « l'imagination des juristes et des diplomates³⁵⁵ ». Il reste qu'ils couvrent vraisemblablement l'ensemble des *catégories* de cas douteux dans lesquels on peut légitimement s'interroger sur le fait qu'un procédé visant à moduler l'application du traité est ou n'est pas une réserve ou une déclaration interprétative.

213. Les parties suivantes de Guide de la pratique seront strictement limitées aux déclarations unilatérales répondant aux définitions des unes ou des autres telles qu'elles figurent dans les sections 1.1 et 1.2. C'est à celles-ci seulement que le régime juridique des réserves et des déclarations interprétatives, tel qu'il sera précisé dans ces autres parties, s'applique, ce qui ne signifie ni qu'il s'agira nécessairement d'un régime uniforme pour chacune de ces catégories³⁵⁶, ni que certains éléments de ces régimes ne sont pas transposables à d'autres déclarations unilatérales qui n'entrent pas dans le champ d'application du Guide de la pratique.

³⁵⁵ Voir *supra*, par. 80.

³⁵⁶ Ainsi, par exemple, la Commission semble s'orienter vers la définition d'un ensemble de règles applicables aux déclarations interprétatives conditionnelles nettement plus proche du régime juridique des réserves que de celui des déclarations interprétatives « simples » (cf. les paragraphes 13 à 18 du commentaire du projet de directive 1.2.1, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 201 et 202).