



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.596/Add.3
31 juillet 2000

FRANÇAIS
Original : ANGLAIS et FRANÇAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquante-deuxième session
Genève, 1er mai - 9 juin 2000 et 10 juillet - 18 août 2000

PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION

Rapporteur : M. Victor Rodríguez-Cedeño

CHAPITRE VII

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

Additif

2. Textes des projets de directives adoptés à la cinquante-deuxième session de la Commission du droit international et des commentaires y afférents

Guide de la pratique

1.1.8 [1.1.8] Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément 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.

Commentaire

1) Selon une définition communément admise, une clause d'exclusion ou d'*opting* (ou de *contracting out*) est une disposition conventionnelle en vertu de laquelle un État sera lié par les règles figurant dans le traité à moins qu'il exprime l'intention de ne pas l'être, éventuellement dans un délai donné, par certaines d'entre elles¹.

2) 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 privé², du Conseil de l'Europe³, de l'OIT⁴ ou dans des conventions isolées.

¹ Cf. 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.

² Cf. l'article 8, al. 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"; voir aussi l'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.

³ Cf. l'article 34, par. 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 : a) au chapitre III relatif à l'arbitrage; ou b) aux chapitres II et III relatifs à la conciliation et à l'arbitrage"; voir aussi l'article 7, par. 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 I 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 Ier ne sont pas applicables à l'égard de cette Partie") ou l'article 25, al. 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"), etc. 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.

⁴ Cf. l'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".

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"⁵.

3) La question de savoir si les déclarations faites en application de ces clauses d'exclusion constituent ou non des réserves est controversée. 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 s'en explique ainsi :

"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 recognise any reservations is as old as ILO itself' (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.

⁵ 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*, Paris, Pedone, 1979, p. 171 et 172.

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 Organisation, since its establishment, that reservations are not admissible. This view is based upon and supported by the consistent practice of the International Labour Organisation 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 UN 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 judgement 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, p. 290 à 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*, ICI 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 *authorised* 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)"⁶.

("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

⁶ Réponse au questionnaire, p. 3 à 5.

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 accueille 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 récemment (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")

4) De l'avis de la Commission, 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 révise 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 et dans le présent Guide de la pratique.

5) En effet, ces définitions 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. 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...".

6) Dès lors, 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 auteur⁷, soit expressément envisagée par un traité ne suffit pas à caractériser une telle déclaration comme étant ou n'étant pas une réserve. Tel 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 devront⁸] formuler les réserves et même le contenu de ces dernières"⁹.

7) 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 travail¹⁰. Elles sont bien des déclarations unilatérales formulées au moment de l'expression du consentement à être lié¹¹ 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 exactement à la définition même des réserves; et, à première vue en tous cas¹², il ne semble pas qu'elles soient, ou doivent, être soumises à un régime juridique distinct.

8) Sauf l'absence du mot "réserve", on voit mal ce qui différencie les clauses d'exclusion précitées¹³ de clauses de réserves indiscutables comme, par exemple, l'article 16 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des

⁷ Cf. le projet de directives 1.1 et 1.1.1.

⁸ Il serait sans doute plus exact d'écrire : "pourront".

⁹ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 12.

¹⁰ 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.

¹¹ En ce qui concerne les déclarations faites, en vertu d'une clause d'exclusion mais postérieurement à l'expression du consentement de son auteur à être lié, voir *infra*, par. 18.

¹² Ceci demande à être vérifié mais il ne s'agit de toutes manières plus d'un problème de définition.

¹³ Par. 2.

mariages¹⁴, 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 commerciale¹⁵ 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'environnement¹⁶. Il apparaît donc que, tant en ce qui concerne leur forme que leurs effets¹⁷, 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 réserves¹⁸.

9) Certains membres de la Commission se sont demandés si le fait qu'un État partie ne puisse objecter à une déclaration faite en vertu d'une telle clause d'exclusion n'exclut pas la qualification d'une telle déclaration comme réserve. Cela est sans doute vrai de toute réserve faite en vertu d'une clause de réserve : dès lors qu'une réserve est expressément prévue dans le traité, les États contractants savent à quoi s'attendre; ils ont accepté par avance dans le traité lui-même la ou les réserves en question. Il semble donc que les règles de l'article 20 relatives aussi bien aux acceptations des réserves qu'aux objections ne s'appliquent pas aux réserves expressément prévues, y compris lorsqu'elles le sont par des clauses d'exclusion¹⁹. Au demeurant, il s'agit d'un problème lié au régime juridique de ces déclarations et non à leur définition.

¹⁴ "Un État contractant pourra se réserver le droit d'exclure l'application du chapitre I" (l'article 28 précise qu'il s'agit bien de la possibilité de faire des "réserves").

¹⁵ "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".

¹⁶ "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".

¹⁷ 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, p. 75 et 76.

¹⁸ Voir Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 169 ou Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 505 et 506.

¹⁹ À l'inverse, les États peuvent "objecter" à certaines déclarations (par exemple les déclarations de non-reconnaissance), sans pour autant qu'elles constituent des réserves.

10) D'autres membres se sont demandés si la qualification de réserves donnée aux déclarations faites en vertu d'une clause d'*opting out* était compatible avec l'alinéa b) de l'article 19 des Conventions de Vienne, au terme duquel une réserve ne peut être formulée si le traité dispose que "seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites". Toutefois, l'article 19 b) ne dit pas que toutes les autres réserves sont interdites si certaines sont expressément prévues mais plutôt que les autres réserves sont interdites si le traité dispose que seules des réserves déterminées peuvent être faites.

11) À vrai dire, 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'Europe²⁰.

"Au sens strict, elle signifie que c'est la *réserve* – et pas simplement le droit d'en formuler une – qui fait l'objet de négociations"²¹. Il ne s'agit donc nullement de "réserves" au sens propre du terme, mais de *clauses de réserves*, définies durant la négociation du traité, indiquant de manière précise et limitative les réserves pouvant être apportées à ce traité.

12) Il est vrai que l'on constate parfois la présence simultanée, dans certaines conventions (en tout cas du Conseil de l'Europe), de clauses d'exclusion *et* de clauses de réserves²². Il faut sans doute y voir la traduction d'une incertitude terminologique davantage qu'une distinction

²⁰ 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, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 489 et 490.

²¹ Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 196. 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 réserve" (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, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 498; voir aussi p. 489 et 490).

²² Cf. les articles 7 (voir note 3 ci-dessus) 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 Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 506, note 121.

délibérée²³. 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 typique²⁴.

13) L'hypothèse envisagée par le projet de directive 1.1.8 rejoint celle figurant au paragraphe 1 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...".

14) Cette disposition, qui a été adoptée sans modification par la Conférence de Vienne de 1968-1969²⁵, figure dans la section 1 de la partie II ("Conclusion des traités") et effectue un lien avec les articles 19 à 23, ceux qui, précisément, sont consacrés aux réserves. Elle 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 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

²³ De même, le fait que certaines conventions multilatérales interdisent toute réserve tout en permettant certaines déclarations et qui peuvent être assimilées à des clauses d'exclusion (cf. l'article 124 du Statut de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998) n'est pas en soi décisif; il faut sans doute y voir, à nouveau, plus le résultat d'une incertitude terminologique que d'un choix intentionnel visant à des effets juridiques spécifiques.

²⁴ Voir *supra*, note 3.

²⁵ Voir Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première et deuxième sessions (Vienne, 26-mars-24 mai 1968 et 9 avril-2 mai 1969), *Documents officiels – Documents de la Conférence*, A/CONF.39/11/Add.2 (numéro de vente : F.70.V.5), rapports de la Commission plénière, par. 156 et 157, p. 141.

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 consentement"²⁶.

15) L'expression "sans préjudice des articles 19 à 23" figurant dans l'article 17 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 implique que, dans certains cas, les options sont en réalité des réserves²⁷. 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.

16) Tel est certainement le cas des déclarations faites en vertu de clauses facultatives ou de celles qui opèrent un choix entre les dispositions d'un traité, comme l'indiquent les projets de directives 1.4.6 et 1.4.7. Mais on peut se demander si ce ne l'est pas également de certaines déclarations faites en application de certaines clauses d'exclusion qui, tout en ayant le même effet que les réserves, 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.

17) 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, dix 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

²⁶ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 219 et 220.

²⁷ En ce sens, voir Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 506.

être considérées comme ses ressortissants pour l'application de la présente convention²⁸;

- 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 depositaire";

- l'article X de l'Accord-cadre de l'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 expiré un délai de trois ans après l'entrée en vigueur de l'engagement.

18) Les déclarations unilatérales faites en vertu de dispositions de ce genre ne sont certainement pas des réserves²⁹. 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 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. 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 montre d'ailleurs l'inclusion des 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 comme des 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, relèvent 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

²⁸ 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. 11).

²⁹ De manière significative, l'article 22, précité de la Convention Divorces de la Conférence de La Haye de 1970 est exclu de la liste des clauses de réserves donnée à l'article 25.

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.

19) De telles déclarations sont expressément exclues du champ d'application du projet de directive 1.1.8 par l'expression "au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié", qui est reprise du projet de directive 1.1.2 relatif aux "cas dans lesquels une réserve peut être formulée".

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

Commentaire

1) Le projet de directive 1.4.6 porte conjointement sur les déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative figurant dans un traité et sur les restrictions ou conditions dont les déclarations de ce type sont fréquemment assorties et qui sont communément qualifiées de "réserves", alors même que ce procédé se distingue à maints égards des réserves telles qu'elles sont définies par les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et par le présent Guide de la pratique.

2) Les déclarations unilatérales visées par le premier alinéa du projet de directive 1.4.6 peuvent sembler proches de celles qui sont mentionnées dans le projet de directive 1.1.8 : celles qui sont faites en vertu d'une clause d'exclusion. Dans les deux cas, il s'agit de déclarations expressément prévues dans le traité, que les Parties ont la faculté de faire en vue de moduler les obligations que leur impose le traité. Elles sont cependant de natures très différentes : alors que les déclarations faites en vertu d'une clause d'exclusion (ou d'*opting out* ou de *contracting out*) visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application aux parties qui les font et doivent dès lors être considérées comme de véritables réserves, celles qui sont faites en vertu de clauses facultatives ont pour effet d'accroître les obligations du déclarant au-delà de ce qui est normalement attendu des Parties en vertu du traité et ne conditionnent pas l'entrée en vigueur de celui-ci à leur égard.

3) Les clauses facultatives ou d'*opting* [ou de *contracting*] *in*, que l'on peut définir comme des dispositions prévoyant que les parties à un traité peuvent accepter des obligations qui, en l'absence d'acceptation expresse, ne leur seraient pas automatiquement applicables, ont pour objet non pas d'amoindrir mais d'accroître les obligations découlant du traité pour l'auteur de la déclaration unilatérale³⁰.

4) La plus célèbre des clauses facultatives est sans doute l'article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour internationale de Justice³¹, 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 politiques³², soit présentant un caractère exclusivement normatif comme, par exemple, l'article 25 de la

³⁰ Selon Michel Virally, ce sont les clauses "auxquelles les parties n'adhèrent que par une acceptation spéciale, distincte de l'adhésion au traité dans son ensemble" ("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*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 13).

³¹ "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 international".

³² "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..."; 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".

Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires³³.

5) Malgré quelques opinions doctrinales contraires³⁴, les déclarations faites en vertu de telles clauses présentent, en réalité, techniquement, peu de points communs avec les réserves, mis à part le fait (important) qu'elles visent les unes et les autres à moduler l'application des effets du traité et il est tout à fait clair que "opt-out clauses seem to be much closer to reservations than opt-in clauses"³⁵ (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 chosen"³⁶ (partent de la présomption selon laquelle les parties ne sont liées par rien d'autre 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

³³ "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 actes"; voir aussi les articles 16 et 17, al. 2, de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, l'article 15 de celle du 15 novembre 1965 sur la notification des actes judiciaires, ou l'article 4, par. 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 dans 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, par. 2 g), de la Convention-cadre de New York sur les changements climatiques du 9 mai 1992.

³⁴ Cf. 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", *Fordham Law Review*, 1970-1971, Part I, p. 68, 65 ou Part II, p. 450.

³⁵ Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, pp. 479 à 514, notamment p. 505.

³⁶ *Ibid.*

leur auteur³⁷ ou à limiter les obligations que lui impose le traité³⁸, mais, au contraire, à les accroître alors que la seule entrée en vigueur du traité à son égard n'a pas cet effet.

6) On retrouve ici, d'une certaine manière, la problématique compliquée des "réserves extensives"³⁹. 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".

7) 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.

8) Étant donné les grandes différences que présentent les réserves d'un côté et les déclarations faites en vertu d'une clause facultative de l'autre, la confusion n'est guère à craindre, si bien que la Commission s'est demandée s'il était nécessaire d'inclure une directive à l'effet de les distinguer dans le Guide de la pratique. Une majorité de ses membres a jugé qu'une telle précision était utile : 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 conjointement⁴⁰.

³⁷ Projet de directive 1.1 du Guide de la pratique.

³⁸ Projet de directive 1.1.5.

³⁹ Voir les commentaires des projets de directive 1.1.5, 1.4.1 et 1.4.2 dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément No 10 (A/54/10)*, p. 175 à 178 et 220 à 223.

⁴⁰ Michel Virally 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*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 13 et 14).

- 9) Si le traité le prévoit ou, dans le silence du traité, si cela n'est pas contraire au but et à l'objet de la disposition en cause⁴¹, rien n'empêche qu'une telle déclaration soit assortie, à son tour, de restrictions visant à limiter l'effet juridique de l'obligation ainsi acceptée. 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-ci⁴².
- 10) Sans qu'il soit utile de se prononcer sur la question de savoir s'il convient de distinguer entre "réserves" et "conditions"⁴³, il suffit de constater que:

"There is a characteristic difference 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) case*"⁴⁴.

⁴¹ 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 32, ne renferment pareille disposition" (arrêt du 23 mars 1995, par. 75, *R.U.D.H.* 1995, p. 139).

⁴² Bien que le Statut soit muet sur la possibilité d'assortir les déclarations facultatives de l'article 36, par. 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 l'arrêt du 21 juin 2000, *Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, par. 37 et 38.

⁴³ Shabtai Rosenne opère une distinction entre ces deux notions (ibid., p. 768 et 769).

⁴⁴ 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*.

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

11) Ces constatations sont conformes à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice 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..."⁴⁵.

12) 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'arbitrage 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'objet"⁴⁶.

13) 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

⁴⁵ Par. 44. Voir aussi le paragraphe 47 : "Ainsi, les déclarations et les réserves doivent être considérées comme un tout".

⁴⁶ Arrêt du 19 décembre 1978, affaire du *Plateau continental de la mer Égée*, C.I.J. Recueil 1978, p. 33, par. 79.

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.

14) Compte tenu de l'extrême importance théorique et pratique⁴⁷ de la distinction, il paraît nécessaire de compléter le projet de directive 1.4.6 en précisant que, pas davantage que les déclarations faites en vertu d'une clause facultative, les conditions et restrictions dont celles-ci peuvent être assorties ne constituent des réserves au sens du Guide de la pratique.

1.4.7 [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 figurant dans un traité obligeant expressément 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.

Commentaire

1) Le projet de directive 1.4.7 s'insère dans un ensemble, constitué également par les projets de directives 1.1.8 et 1.4.6, dont le point commun est de porter sur des déclarations unilatérales faites en vertu de dispositions expresses d'un traité, permettant aux Parties de moduler les obligations leur incombant en vertu de celui-ci, soit qu'elles aient la possibilité de limiter ces obligations sur le fondement d'une clause d'exclusion (projet de directive 1.1.8), soit qu'elles puissent accepter des obligations particulières en vertu d'une clause facultative (projet de directive 1.4.6). Mais il concerne l'hypothèse, distincte, dans laquelle le traité impose aux États de choisir entre certaines de ses dispositions, étant entendu, comme le montrent les exemples donnés ci-après, que l'expression "deux ou plusieurs dispositions du traité" doit être comprise comme couvrant non seulement des articles ou des alinéas, mais aussi des chapitres, sections ou parties d'un traité, ou même des annexes faisant partie intégrante de celui-ci.

2) Cette hypothèse est expressément envisagée par le paragraphe 2 de l'article 17 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Alors que le premier paragraphe de cette disposition

⁴⁷ 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.

concerne l'exclusion partielle des dispositions d'un traité en vertu d'une clause d'exclusion, le paragraphe 2 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".

3) Le commentaire de cette disposition, reprise sans changement par la Conférence de Vienne⁴⁸, 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 traité"⁴⁹.

4) Toutefois, comme on l'a fait remarquer⁵⁰, 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 assez vague que lui donnait la Commission en 1966. Mais celui-ci inclut deux hypothèses distinctes, qui ne se recouvrent pas entièrement.

5) La première est illustrée, par exemple, par les déclarations faites en vertu de l'Acte général d'arbitrage de 1928 dont l'article 38, alinéa 1, dispose :

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

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

⁴⁸ 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.

⁴⁹ *Annuaire ... 1966, vol. II, p. 200, par. 3 du commentaire de l'article 14 (devenu l'article 17 en 1969).*

⁵⁰ Sia Spiliopoulou Åkermark, "Reservation Clauses in Treaties Concluded Within the Council of Europe", *I.C.L.Q.* 1999, p. 504.

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)"⁵¹.

Il en va de même de plusieurs conventions de l'OIT où cette technique, souvent reprise par la suite⁵², 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 :
 - 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".

Dans le même esprit, on peut également citer la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, dont l'article 20, paragraphe 1, prévoit un "système d'acceptation partielle facultatif"⁵³:

"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"⁵⁴.

⁵¹ 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)".

⁵² Voir P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 172.

⁵³ Hans Wiebringhous, "La Charte sociale européenne : vingt ans après la conclusion du Traité", A.F.D.I., 1982, p. 936.

⁵⁴ Ce système complexe a été repris par l'article A, par. 1, de la Charte sociale révisée le 3 mai 1996. Voir aussi les articles 2 et 3 du Code européen de sécurité sociale de 1964 ou l'article 2 de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 5 novembre 1992 : "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

- 6) De telles dispositions ne sauraient être assimilées aux clauses facultatives mentionnées dans le projet de directive 1.4.6, dont elles se distinguent très nettement : les déclarations qu'elles invitent les Parties à formuler sont non pas facultatives mais obligatoires et conditionnent l'entrée en vigueur du traité à leur égard⁵⁵ et elles doivent nécessairement être faites à l'occasion du consentement à être lié par le traité.
- 7) De même, on ne peut assimiler complètement ces déclarations à celles faites en application d'une clause d'exclusion⁵⁶. 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 partielle"⁵⁷, 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.
- 8) 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 exclu⁵⁸ 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).

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".

⁵⁵ Ceci ressort du reste de la rédaction de l'article 17, par. 2, précité (par. 2) des Conventions de Vienne.

⁵⁶ Voir le projet de directive 1.1.8.

⁵⁷ P. H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 170.

⁵⁸ 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.

9) Ces "clauses alternatives" sont plus rares que celles analysées ci-dessus. Elles n'en existent pas moins, comme le montre, par exemple, l'article 2 de la Convention No 96 (révisée) de l'OIT de 1949 sur les bureaux de placement payants⁵⁹ :

"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"⁶⁰.

10) Comme on l'a écrit, "[o]ptional commitments ought to be distinguished from authorized reservations although they in many respects resemble such reservations"⁶¹ (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 tranche avec l'allusion du paragraphe 1 aux articles 19 à 23 relatifs aux réserves⁶², constitue, par contraste avec les déclarations unilatérales faites en vertu d'une

⁵⁹ 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*, Paris, Pedone, 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.

⁶⁰ Voir aussi 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".

⁶¹ F. Horn, *ibid.*, p. 133.

⁶² Cf. les paragraphes 13 à 15 du commentaire du projet de directive 1.1.8.

clause d'exclusion, un indice de la nette césure existant entre les réserves et ces engagements alternatifs.

11) 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.

12) Mais les différences avec les réserves n'en sont pas moins frappantes du fait qu'à l'inverse de celles-ci, elles sont, en vertu du traité, la condition *sine qua non*⁶³ 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.

⁶³ Telle est la raison pour laquelle le projet de directive 1.4.7 précise que le traité doit obliger expressément les Parties à choisir entre deux ou plusieurs de ses dispositions; si le choix est optionnel on est en présence d'une clause d'exclusion au sens du projet de directive 1.1.8.