

Chapitre VII

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. – Introduction

623. À sa quarante-cinquième session, en 1993, la Commission a décidé d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités »¹⁸¹. Dans sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission.

624. À sa quarante-sixième session, en 1994, la Commission a nommé M. Alain Pellet rapporteur spécial pour ce sujet¹⁸².

625. À sa quarante-septième session, en 1995, la Commission a reçu et examiné le premier rapport du Rapporteur spécial¹⁸³.

626. À l'issue de cet examen, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet; celles-ci avaient trait au titre du sujet, qui devrait se lire dorénavant « Les réserves aux traités », à la forme du résultat de l'étude, qui devrait se présenter comme un guide de la pratique en matière de réserves, à la souplesse avec laquelle les travaux de la Commission sur le sujet devraient être conduits et au consensus qui s'était dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969, de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (ci-après dénommée « Convention de Vienne de 1978 ») et de la Convention de Vienne de 1986¹⁸⁴. De l'avis de la Commission, ces conclusions constituaient le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans sa résolution 48/31 et sa résolution 49/51 du 9 décembre 1994. Quant au Guide de la pratique, il se présenterait sous la forme de projets de directives accompagnés de commentaires, qui seraient utiles pour la pratique des États et des organisations internationales; ces directives seraient, au besoin, accompagnées de clauses types.

627. À sa quarante-septième session également, conformément à sa pratique antérieure¹⁸⁵, la Commission a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé sur les réserves aux traités pour s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement cel-

les qui étaient dépositaires de conventions multilatérales¹⁸⁶. Ce questionnaire a été adressé à ses destinataires par le secrétariat. Le 11 décembre 1995, dans sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a pris note des conclusions de la Commission et invité celle-ci à poursuivre ses travaux selon les modalités indiquées dans son rapport, et elle a aussi invité les États à répondre au questionnaire¹⁸⁷.

628. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹⁸⁸. Le Rapporteur spécial avait annexé à son rapport un projet de résolution de la Commission sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, établi à l'intention de l'Assemblée générale en vue d'appeler l'attention sur les données juridiques du problème et de les clarifier¹⁸⁹. Toutefois, faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner le rapport et le projet de résolution, encore que certains membres aient exprimé leurs vues sur le rapport. En conséquence, la Commission a décidé de reporter le débat sur ce sujet à sa session suivante¹⁹⁰.

629. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission était à nouveau saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet.

630. À l'issue du débat, la Commission a adopté des conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme¹⁹¹.

631. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a pris note des conclusions préliminaires de la Commission concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, ainsi que du fait que celle-ci avait invité tous les organes créés par des traités multilatéraux normatifs qui souhaiteraient le faire à formuler par écrit leurs commentaires et observations sur ces conclusions, et elle a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission leurs vues sur les conclusions préliminaires.

¹⁸⁶ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), A/50/10, par. 489, p. 113.

¹⁸⁷ Au 27 juillet 2000, 33 États et 24 organisations internationales avaient répondu au questionnaire.

¹⁸⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478.

¹⁸⁹ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), A/51/10, par. 136, p. 88.

¹⁹⁰ Pour un résumé des débats, *ibid.*, chap. VI, sect. B, en particulier par. 137, p. 89.

¹⁹¹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), A/52/10, par. 157, p. 57.

¹⁸¹ *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), A/48/10, par. 440, p. 101.

¹⁸² *Annuaire... 1994*, vol. II (2^e partie), A/49/10, par. 381, p. 188.

¹⁸³ *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), A/CN.4/470.

¹⁸⁴ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), A/50/10, par. 487, p. 113.

¹⁸⁵ *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), par. 286, p. 88.

632. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet¹⁹², qui était consacré à la définition des réserves aux traités et des déclarations interprétatives de traités. À la même session, la Commission a adopté à titre provisoire six projets de directives¹⁹³.

633. À la cinquante et unième session, en 1999, la Commission était à nouveau saisie de la partie du troisième rapport du Rapporteur spécial qu'elle n'avait pas eu le temps d'examiner à la cinquantième session, ainsi que de son quatrième rapport sur le sujet¹⁹⁴. À ce rapport était en outre annexée la bibliographie révisée du sujet, dont le Rapporteur spécial avait soumis à la quarante-huitième session une première version, jointe à son deuxième rapport. Le quatrième rapport traitait aussi de la définition des réserves et des déclarations interprétatives.

634. Sur la recommandation du Comité de rédaction, la Commission a, à la même session, adopté en première lecture les projets de directives 1.1.5 [1.1.6]¹⁹⁵ (Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur), 1.1.6 (Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence), 1.2 (Définition des déclarations interprétatives), 1.2.1 [1.2.4] (Déclarations interprétatives conditionnelles), 1.2.2 [1.2.1] (Déclarations interprétatives formulées conjointement), 1.3 (Distinction entre réserves et déclarations interprétatives), 1.3.1 (Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives), 1.3.2 [1.2.2] (Libellé et désignation), 1.3.3 [1.2.3] (Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite), 1.4 (Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives), 1.4.1 [1.1.5] (Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux), 1.4.2 [1.1.6] (Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité), 1.4.3 [1.1.7] (Déclarations de non-reconnaissance), 1.4.4 [1.2.5] (Déclarations de politique générale), 1.4.5 [1.2.6] (Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne), 1.5.1 [1.1.9] (Réserves aux traités bilatéraux), 1.5.2 [1.2.7] (Déclarations interprétatives de traités bilatéraux) et 1.5.3 [1.2.8] (Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie), ainsi que les commentaires y afférents. En outre, à la lumière de l'examen des déclarations interprétatives, elle a adopté une nouvelle version du projet de directive 1.1.1 [1.1.4] (Objet des réserves) et du projet de directive sans titre ni numéro (devenu le projet de directive 1.6 [Portée des définitions])¹⁹⁶.

¹⁹² *Annuaire...* 1998, vol. II (1^{re} partie), A/CN.4/491 et Add.1 à 6.

¹⁹³ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 540, p. 103.

¹⁹⁴ *Annuaire...* 1999, vol. II (1^{re} partie), A/CN.4/499 et A/CN.4/478/Rev.1.

¹⁹⁵ La numérotation figurant entre crochets correspond à la numérotation originale des projets de directives proposés par le Rapporteur spécial.

¹⁹⁶ Pour le texte et le commentaire des projets de directives adoptés par la Commission à sa cinquante et unième session, voir *Annuaire...* 1999, vol. II (2^e partie), A/54/10, chap. VI, sect. C, p. 98.

B. – Examen du sujet à la présente session

1. PREMIÈRE PARTIE DU CINQUIÈME RAPPORT

635. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet (A/CN.4/508 et Add.1 à 4) portant d'une part sur les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et d'autre part sur la formulation, la modification et le retrait des réserves et des déclarations interprétatives. Elle a examiné la première partie du cinquième rapport à ses 2630^e à 2633^e séances, les 31 mai et 2, 6 et 7 juin 2000.

636. À ses 2632^e et 2633^e séances, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1.1.8 (Réserves formulées en vertu de clauses d'exclusion), 1.4.6 (Déclarations unilatérales formulées en vertu d'une clause facultative), 1.4.7 (Restrictions figurant dans les déclarations unilatérales adoptées en vertu d'une clause facultative), 1.4.8 (Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité), 1.7.1 (Alternatives aux réserves), 1.7.2 (Variété des procédés permettant de moduler les effets des dispositions d'un traité), 1.7.3 (Clauses restrictives), 1.7.4 ([« Réserves bilatéralisées »] [« Accords entre États ayant le même objet que des réserves »]) et 1.7.5 (Alternatives aux déclarations interprétatives)¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Les projets de directives proposés par le Rapporteur spécial dans la première partie de son cinquième rapport se lisent comme suit :

« 1.1.8 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.

1.4.6 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.

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.

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.

1.7 Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives

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.

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

1. 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 :

(Suite de la note page suivante.)

637. À sa 2640^e séance, le 14 juillet 2000, la Commission a examiné et adopté, en première lecture, les projets de directives 1.1.8 (Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion), 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] (Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative), 1.4.7 [1.4.8] (Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité), 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] (Alternatives aux réserves) et 1.7.2 [1.7.5] (Alternatives aux déclarations interprétatives). Le texte de ces projets de directives et des commentaires s'y rapportant est reproduit ci-dessous dans la section C.

2. DEUXIÈME PARTIE DU CINQUIÈME RAPPORT

638. Faute de temps, la Commission a reporté l'examen de la deuxième partie du cinquième rapport du Rapporteur spécial, que le Rapporteur spécial a présentée à la 2651^e séance, le 3 août 2000, et dont on trouvera un résumé ci-après.

639. Le Rapporteur spécial a expliqué que la première partie du cinquième rapport traitait des alternatives aux réserves, à savoir les différentes techniques de modulation ou d'interprétation des engagements conventionnels, qu'elles fussent de nature conventionnelle ou unilatérale,

(Suite de la note 197.)

- 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 liée par le traité.

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

- De leur suspension, conformément aux dispositions des articles 57 à 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales;
- 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.

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.

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.

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. »

se rattachant ainsi au chapitre consacré aux définitions. Les projets de directives adoptés par la Commission au cours de cette session étaient le fruit de cette réflexion sur des techniques juridiques dont les résultats étaient très proches de ceux de réserves et complétaient ainsi le chapitre de définitions.

640. En revanche, la deuxième partie du cinquième rapport traitait de questions de procédure relatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, en commençant par leur formulation.

641. Le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission s'était déjà occupée du moment où les réserves et les déclarations interprétatives sont formulées, lors de l'élaboration des projets de directives concernant leur définition, notamment les projets de directives 1.1 (Définition des réserves) et 1.1.2 (Cas dans lesquels une réserve peut être formulée) en raison de l'inclusion des précisions temporelles dans la définition donnée par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 que ces projets de directives reprennent ou du projet de directive 1.2.1 (Déclarations interprétatives conditionnelles) qui aligne à cet égard la définition des déclarations interprétatives conditionnelles sur celle des réserves. Ces précisions, cependant, n'épuisaient pas tous les problèmes suscités par le moment où la réserve (ou la déclaration interprétative) peut (ou doit) être formulée, et c'était justement aux questions laissées en suspens que cette partie de son cinquième rapport était consacrée.

642. Le Rapporteur spécial a tout d'abord indiqué les problèmes que son rapport n'abordait pas :

- Suivant son plan initial¹⁹⁸, son rapport traitait des aspects strictement procéduraux de la formulation des réserves et des déclarations interprétatives, excluant les conséquences ou les effets d'une procédure irrégulière, par exemple; ceux-ci seraient abordés au cours de l'examen de la question de la licéité des réserves;
- Ensuite, le rapport concernait uniquement la formulation des réserves (et des déclarations interprétatives) et non pas la question de la régularité ou de l'irrégularité de cette formulation.

643. S'agissant par ailleurs de l'utilisation des termes « faire » ou « formuler » des réserves, le Rapporteur spécial a expliqué que le premier terme se référait aux réserves se suffisant à elles-mêmes, complètes en quelque sorte et produisant des effets, tandis que le second se référait plutôt à des « propositions » de réserves, des réserves dont toutes les conditions d'établissement afin qu'elles produisent tous leurs effets (quels qu'ils soient) ne sont pas réunies. C'est dans ce sens-là et pas du tout fortuitement que les deux termes sont utilisés dans la Convention de Vienne de 1969 (art. 19 à 23) sauf, sans doute, dans l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 où le verbe « faire » semble utilisé à mauvais escient.

644. Cette partie du rapport ne s'occupait que du moment de la formulation et non de la modification des réserves. De l'avis du Rapporteur spécial, la modification

¹⁹⁸ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), A/51/10, par. 114, p. 85.

des réserves constituant dans la majorité des cas un retrait atténué, elle devrait être examinée en même temps que le retrait des réserves.

645. Se tournant ensuite vers la présentation des projets de directives inclus dans la deuxième partie de son cinquième rapport¹⁹⁹, le Rapporteur spécial a commencé par

¹⁹⁹ Les projets de directives proposés par le Rapporteur spécial dans la deuxième partie de son cinquième rapport se lisent comme suit :

« 2.2.1 *Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle*

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature du traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.2.2 *Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité et confirmation formelle*

Lorsqu'elle est formulée lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.2.3 *Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]*

Une réserve formulée lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature] ne nécessite aucune confirmation ultérieure.

2.2.4 *Réserves à la signature expressément prévues par le traité*

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément la faculté pour un État ou une organisation internationale de formuler une réserve à ce stade, ne nécessite pas une confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié.

2.3.1 *Formulation tardive d'une réserve*

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité à moins que la formulation tardive de la réserve ne suscite aucune objection de la part des autres parties contractantes.

2.3.2 *Acceptation de la formulation tardive d'une réserve*

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique habituellement suivie par le dépositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée par une partie contractante si celle-ci n'a pas formulé d'objection à cette formulation à l'expiration des 12 mois qui suivent la date à laquelle elle en a reçu notification.

2.3.3 *Objection à la formulation tardive d'une réserve*

Si une partie contractante à un traité fait objection à la formulation d'une réserve tardive, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

2.3.4 *Exclusion ou modification tardive des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves*

Sauf disposition contraire du traité, une partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais :

- a) De l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou
- b) D'une déclaration unilatérale faite en vertu d'une clause facultative.

2.4.3 *Moments auxquels une déclaration interprétative peut être formulée*

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.4, 2.4.7 et 2.4.8, une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment à moins [qu'une disposition expresse du traité n'en dispose

le projet de directive 2.2.1 (Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle). Ce projet de directive reprend le paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986; cela correspond au caractère « pratique » du Guide et est conforme à la décision de la Commission de ne pas modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne²⁰⁰.

646. Le Rapporteur spécial a précisé que le principe de la confirmation formelle de la réserve au moment de l'examen du consentement à être lié relevait plutôt, lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités²⁰¹, du développement progressif du droit international mais qu'il avait, depuis lors, évolué en une règle généralement acceptée et suivie dans la pratique dominante. Il présentait des avantages mais aussi quelques inconvénients.

647. Parmi les premiers, il a souligné le souci de clarté que cette règle apportait aux relations conventionnelles, ainsi que la sécurité et la précision. En revanche, la règle comportait un risque de décourager les États (et les organisations internationales) de formuler des réserves lors de l'adoption ou de la signature d'un traité, indiquant ainsi assez tôt aux autres parties (potentielles) l'étendue exacte des engagements qu'ils auraient l'intention d'assumer.

autrement] [que le traité ne dispose qu'elle ne peut être faite qu'à des moments spécifiés].

2.4.4 *Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification ou à la signature du texte du traité et confirmation formelle*

Lorsqu'elle est formulée lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité ou lors de la signature du traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une déclaration interprétative conditionnelle doit être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié. En pareil cas, la déclaration sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.4.5 *Non-confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]*

Une déclaration interprétative formulée lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature] ne nécessite aucune confirmation ultérieure.

2.4.6 *Déclarations interprétatives à la signature expressément prévues par le traité*

Une déclaration interprétative formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément la faculté pour un État ou une organisation internationale de formuler une telle déclaration à ce stade, ne nécessite pas une confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié.

2.4.7 *Déclarations interprétatives tardives*

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut formuler une déclaration interprétative de ce traité à un autre moment à moins que la formulation tardive de la déclaration interprétative ne suscite aucune objection de la part des autres parties contractantes.

2.4.8 *Déclarations interprétatives conditionnelles tardives*

Un État ou une organisation internationale ne peut formuler une déclaration interprétative conditionnelle d'un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité à moins que la formulation tardive de la déclaration ne suscite aucune objection de la part des autres parties contractantes. »

²⁰⁰ Voir *supra* note 184.

²⁰¹ Voir *supra* note 170.

648. À la lumière de ces considérations, le Rapporteur spécial s'était demandé s'il ne serait pas approprié de reformuler le texte du paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986; il a décidé finalement de reprendre le texte de la Convention de Vienne de 1986 (qui avait l'avantage, par rapport au texte de 1969, de comprendre aussi les organisations internationales), quitte à apporter les précisions nécessaires dans les projets de directives suivants. Quant aux situations de succession d'États, le Rapporteur spécial a rappelé que toutes les questions relatives à ces situations seraient traitées dans un chapitre à part du Guide de la pratique et, par conséquent, il n'y avait pas lieu de les mentionner dans ce projet.

649. C'était justement afin de compléter et de préciser davantage le texte des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 que le Rapporteur spécial proposait le projet de directive 2.2.2 (Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité et confirmation formelle). Le Rapporteur spécial a rappelé que ce projet de directive reprenait essentiellement ce que la Commission avait envisagé dans le projet d'article 19 (devenu l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969) et qui avait malheureusement et « mystérieusement » disparu au cours de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Le projet de directive était d'autant plus justifié qu'il répondait à la pratique courante où des déclarations exprimant une réserve se font à diverses étapes de la conclusion d'un traité.

650. Le projet de directive 2.2.3 (Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]) découlait logiquement des projets antérieurs et avait également sa place dans le Guide de la pratique étant donné le caractère pédagogique et utilitaire de celui-ci²⁰².

651. Le projet de directive 2.2.4 (Réserves à la signature expressément prévues par le traité) répond également à une nécessité logique et consacre une pratique courante quoique parfois un peu incertaine. Si le traité prévoit qu'une réserve peut être faite à la signature²⁰³, il n'est pas nécessaire qu'elle soit confirmée au moment de l'expression du consentement à être lié bien que, par excès de prudence, certains États l'aient fait. Le but justement de ce projet de directive est de lever ces incertitudes en consacrant la pratique dominante.

652. Le Rapporteur spécial a ensuite abordé le problème important des réserves tardives, qui est à l'origine du projet de directive 2.3.1 (Formulation tardive d'une réserve).

653. Étant donné que, sauf disposition contraire du traité, le dernier moment où des réserves peuvent être fai-

tes est celui de l'expression du consentement à être lié²⁰⁴, il s'ensuit que des réserves formulées après ce moment sont normalement irrecevables. La rigueur de ce principe est attestée par la jurisprudence, comme en témoignent plusieurs affaires tranchées par diverses juridictions internationales ou même nationales²⁰⁵. Il en résulte notamment que les États ne sauraient le contourner ni par le biais de l'interprétation d'une réserve faite antérieurement²⁰⁶ ni par celui de restrictions ou conditions incluses dans une déclaration faite en vertu d'une clause facultative²⁰⁷. Ce sont ces conséquences du principe excluant les réserves tardives que consacre un autre projet de directive (2.3.4 [Exclusion ou modification tardive des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves]).

654. Pour rigoureux qu'il soit, ce principe n'est cependant pas absolu; il peut être tenu en échec par consentement unanime (même tacite) des autres parties au traité. Le Rapporteur spécial a cité à cet égard, au paragraphe 289 de son cinquième rapport, des exemples de traités prévoyant la possibilité des réserves faites après l'expression du consentement à être lié dont, par ailleurs, il s'est inspiré pour la rédaction des clauses types²⁰⁸ accompagnant le projet de directive 2.3.1.

655. D'autre part, il a aussi cité la pratique de plusieurs dépositaires en commençant par celle du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (ainsi que d'autres dépositaires comme l'Organisation maritime internationale, le Conseil de l'Europe, le Conseil de coopération douanière) qui reflète le principe de l'unanimité du consentement tacite (exiger une acceptation expresse aboutirait à paralyser complètement le système de réserves tardives) des autres parties contractantes à la formulation d'une réserve tardive et, par conséquent, de la mise à l'écart de la règle normale d'irrecevabilité qui n'est pas de caractère impératif. Cette attitude souple des dépositaires a sans doute permis, dans certains cas, d'éviter la dénonciation pure et simple du traité en cause.

656. En effet, c'est vers la fin des années 1970 que le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a inauguré sa pratique actuelle en impartissant aux parties un délai de 90 jours pour objecter à une réserve tardive.

²⁰⁴ Voir l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 85.

²⁰⁵ Par exemple le Tribunal fédéral suisse : voir *F. c. R. et Conseil d'État du Canton de Thurgovie*, arrêt du 17 décembre 1992, *Journal des Tribunaux*, 1995, p. 536.

²⁰⁶ Voir l'avis consultatif OC-3/83 du 8 septembre 1983 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire des *Restrictions à la peine de mort (Restrictions to the Death Penalty (arts. 4(2) and 4(4) of the American Convention on Human Rights, Series A, No. 3)*.

²⁰⁷ Voir la position prise par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chrysostomos (Chrysostomos et al. c. Turquie)*, requêtes n^{os} 15299/89, 15300/89 et 15318/89, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1991*, vol. 34, p. 35 à 60, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1993) et par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Loizidou (Loizidou c. Turquie)*, arrêt du 23 mars 1995 [exceptions préliminaires], *Série A : Arrêts et décisions*, vol. 310, p. 7, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995 et arrêt du 18 décembre 1996 [fond], *Recueil des arrêts et décisions 1996-VI*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996).

²⁰⁸ Conformément à l'intention que la Commission avait exprimée en 1995; voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), 1/50/10, par. 487, al. b, p. 113.

²⁰² Les alternatives proposées dans le titre et la rédaction de ce projet tenaient au fait que la notion d'accord en forme simplifiée semble plus couramment reçue dans les systèmes juridiques latins que dans les systèmes de *common law*.

²⁰³ Comme, parmi de nombreux exemples, la Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités.

Le Secrétaire général ayant récemment étendu ce délai à 12 mois, le Rapporteur spécial proposait à la Commission de s'aligner sur ce délai (projet de directive 2.3.2 [Acceptation de la formulation tardive d'une réserve]), tout en notant qu'il pouvait sembler un peu long du fait de l'incertitude ainsi entretenue sur le sort de la réserve tardive.

657. Il résulte également de cette pratique qu'une seule objection à la formulation d'une réserve tardive empêche celle-ci de produire ses effets, ce que traduit le projet de directive 2.3.3 (Objection à la formulation tardive d'une réserve). Bien qu'il ait été suggéré en doctrine que les objections aux réserves tardives auraient le même effet que les objections aux réserves formulées « à temps » et qu'une objection n'empêcherait la réserve tardive de produire ses effets qu'entre l'État réservataire et l'État objectant, le Rapporteur spécial ne partageait pas cet avis. En effet, une telle conception aboutirait à la négation de toutes les règles relatives aux limites temporelles des réserves et, *in fine*, à la mise en question du principe *pacta sunt servanda*. En outre, elle ne correspond pas à la pratique suivie par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui considère qu'une seule objection suffit pour que la réserve ne puisse pas être déposée. Cette pratique est reflétée au projet de directive 2.3.3.

658. Le Rapporteur spécial a relevé qu'en principe les déclarations interprétatives, sauf disposition contraire du traité²⁰⁹, peuvent être formulées à tout moment. Ceci correspondait d'ailleurs à la définition des déclarations interprétatives (projet de directive 1.2) où ne figure aucun élément temporel et était l'objet du projet de directive 2.4.3 (Moments auxquels une déclaration interprétative peut être formulée). En revanche, les projets de directives 2.4.6 (Déclarations interprétatives à la signature expressément prévues par le traité) et 2.4.7 (Déclarations interprétatives tardives) réglementent les cas où le traité lui-même comporte une clause limitative à cet égard.

659. Quant aux déclarations interprétatives conditionnelles, le Rapporteur spécial pensait que, vu leur caractère, qui les rapproche considérablement des réserves²¹⁰, les règles posées par les projets de directives 2.3.1 à 2.3.3, en matière de réserves, pourraient être transposées aux déclarations interprétatives conditionnelles. Les projets de directives 2.4.4 (Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification ou à la signature du texte du traité et confirmation formelle) et 2.4.8 (Déclarations interprétatives conditionnelles tardives) mettaient en œuvre cette conséquence logique.

660. Le Rapporteur spécial, en terminant sa présentation, a proposé que les 14 projets de directives figurant

dans la deuxième partie du cinquième rapport soient renvoyés au Comité de rédaction.

661. Faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner cette partie du cinquième rapport ni les projets de directives et de clauses types correspondants. Elle a décidé de reporter le débat sur ce sujet à la session suivante.

C. – Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture

1. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVES

662. Le texte des projets de directives adoptés à titre provisoire par la Commission à ses cinquantième²¹¹, cinquante et unième²¹² et cinquante-deuxième²¹³ sessions est reproduit ci-après. (Les numéros entre crochets renvoient à la numérotation adoptée dans les rapports du Rapporteur spécial.)

LES RÉSERVES AUX TRAITÉS

GUIDE DE LA PRATIQUE

1. Définitions

1.1 Définition des réserves

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

1.1.1 [1.1.4] *Objet des réserves*

Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule.

1.1.2 *Cas dans lesquels une réserve peut être formulée*

Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales.

1.1.3 [1.1.8] *Réserves à portée territoriale*

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un ter-

²⁰⁹ Il en existe de nombreux exemples : voir l'article 310 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ou l'article 43 de l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs.

²¹⁰ Voir le paragraphe 14 du commentaire du projet de directive 1.2.1 [1.2.4], *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), A/54/10, p. 111.

²¹¹ Pour le commentaire des projets de directives 1.1, 1.1.1 [1.1.4], 1.1.2, 1.1.3 [1.1.8], 1.1.4 [1.1.3] et 1.1.7 [1.1.1], voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), p. 103 à 112.

²¹² Pour le commentaire des projets de directives 1.1.1 [1.1.4], 1.1.5 [1.1.6], 1.1.6, 1.2, 1.2.1 [1.2.4], 1.2.2 [1.2.1], 1.3, 1.3.1, 1.3.2 [1.2.2], 1.3.3 [1.2.3], 1.4, 1.4.1 [1.1.5], 1.4.2 [1.1.6], 1.4.3 [1.1.7], 1.4.4 [1.2.5], 1.4.5 [1.2.6], 1.5, 1.5.1 [1.1.9], 1.5.2 [1.2.7], 1.5.3 [1.2.8] et 1.6, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), A/54/10, p. 98 à 134.

²¹³ Pour le commentaire des projets de directives 1.1.8, 1.4.6 [1.4.6], 1.4.7, 1.4.7 [1.4.8], 1.7, 1.7.1 [1.7.1], 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4 et 1.7.2 [1.7.5], voir *infra* section 2.

ritoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve.

1.1.4 [1.1.3] *Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale*

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité à l'égard d'un territoire au sujet duquel il fait une notification d'application territoriale du traité constitue une réserve.

1.1.5 [1.1.6] *Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur*

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité par laquelle son auteur vise à limiter les obligations que lui impose le traité constitue une réserve.

1.1.6 *Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence*

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à s'acquitter d'une obligation en vertu du traité d'une manière différente de celle imposée par le traité mais équivalente, constitue une réserve.

1.1.7 [1.1.1] *Réserves formulées conjointement*

La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve.

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.

1.2 *Définition des déclarations interprétatives*

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

1.2.1 [1.2.4] *Déclarations interprétatives conditionnelles*

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions constitue une déclaration interprétative conditionnelle.

1.2.2 [1.2.1] *Déclarations interprétatives formulées conjointement*

La formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative.

1.3 *Distinction entre réserves et déclarations interprétatives*

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique qu'elle vise à produire.

1.3.1 *Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives*

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, à la lumière du traité sur lequel elle porte. Il sera dûment tenu compte de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale concerné à l'époque où la déclaration a été formulée.

1.3.2 [1.2.2] *Libellé et désignation*

Le libellé ou la désignation donné à une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé. Il en va ainsi en particulier lorsqu'un État ou une organisation internationale formule plusieurs déclarations unilatérales au sujet d'un même traité et en désigne certaines comme étant des réserves et d'autres comme étant des déclarations interprétatives.

1.3.3 [1.2.3] *Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite*

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est réputée ne pas constituer une réserve, sauf si elle vise 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 auteur.

1.4 *Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives*

Les déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.1 [1.1.5] *Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux*

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.

1.4.2 [1.1.6] *Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité*

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à ajouter des éléments supplémentaires à un traité constitue une proposition de modification du contenu de celui-ci qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.3 [1.1.7] *Déclarations de non-reconnaissance*

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui constitue une déclaration de non-reconnaissance qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue.

1.4.4 [1.2.5] *Déclarations de politique générale*

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation exprime ses vues au sujet d'un traité ou du domaine couvert par celui-ci, sans viser à avoir un effet juridique sur le traité, constitue une déclaration de politique générale qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.5 [1.2.6] *Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne*

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation indique la manière dont il ou elle mettra en œuvre un traité au plan interne, mais qui ne vise pas à avoir d'incidence en tant que telle sur ses droits et obligations vis-à-vis des autres parties contractantes, constitue une déclaration informative qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

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

1. 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.

2. Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent 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.

1.5 *Déclarations unilatérales relatives aux traités bilatéraux*

1.5.1 [1.1.9] « Réserves » aux traités bilatéraux

Une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, formulée par un État ou une organisation internationale après le paraphe ou la signature mais avant l'entrée en vigueur d'un traité bilatéral, par laquelle cet État ou cette organisation vise à obtenir de l'autre partie une modification des dispositions du traité à laquelle il subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par le traité, ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.5.2 [1.2.7] *Déclarations interprétatives de traités bilatéraux*

Les projets de directives 1.2 et 1.2.1 sont applicables aux déclarations interprétatives relatives aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux.

1.5.3 [1.2.8] *Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie*

L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative d'un traité bilatéral faite par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue l'interprétation authentique de ce traité.

1.6 *Portée des définitions*

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la licéité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

1.7 *Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives*

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] *Alternatives aux réserves*

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs tels que :

- L'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;
- La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

1.7.2 [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 États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives tels que :

- L'insertion dans le traité de dispositions expresses visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

2. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVES ADOPTÉS À LA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION DE LA COMMISSION ET DES COMMENTAIRES Y AFFÉRENTS

663. Le texte des projets de directives adoptés par la Commission à sa cinquante-deuxième session et des commentaires y afférents est reproduit ci-après :

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-out* (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 elles²¹⁴.

2) De telles clauses d'exclusion (*opting-out* 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 privé²¹⁵, du Conseil de l'Europe²¹⁶, de l'OIT²¹⁷ ou dans des conventions isolées. Parmi ces dernières, on peut citer, à titre d'exemple, le paragraphe 1 de l'article 14 de la Convention internationale de 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.²¹⁸

²¹⁴ Voir B. Simma, "From bilateralism to community interest in international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, t. 250, p. 329; voir aussi C. Tomuschat, "Obligations arising for States without or against their will", *ibid.*, 1993-IV, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, t. 241, p. 264 et suiv.

²¹⁵ Voir l'article 8 (par. 1) de la Convention 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 concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères.

²¹⁶ Voir l'article 34 (par. 1) de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends : « 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 sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités : « 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 I^{er} ne sont pas applicables à l'égard de cette partie » ou l'article 25 (par. 1) de la Convention européenne sur la nationalité : « 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 S. Spiliopoulou Akermark, "Reservation clauses in treaties concluded within the Council of Europe", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 3^e partie, juillet 1999, p. 504 et 505.

²¹⁷ Voir l'article 2 (par. 1) de la Convention internationale du travail (n° 63) concernant les statistiques des salaires et des heures de travail : « 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 ».

²¹⁸ 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, 1978, p. 171 et 172.

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 Commission²¹⁹, 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 recognize 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. 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 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, 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 12 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).²²⁰

[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", 39 *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.

²¹⁹ Voir *supra* note 186.

²²⁰ Réponse au questionnaire, p. 3 à 5.

Dans son Mémoire 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 du BIT 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 n° 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 de 1969 et 1986 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 Vienne de 1969 et 1986, mais sur le fondement de dispositions conventionnelles spécifiques. Cela ressort clairement de l'alinéa *b* de l'article 19 des Conventions, qui concerne les traités disposant « que seules des réserves *déterminées** [...] peuvent être faites » ou du paragraphe 1 de l'article 20, 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 auteur²²¹, soit expressément envisagée par un traité ne

²²¹ Voir les projets de directives 1.1 et 1.1.1 [1.1.4].

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 devront²²² formuler les réserves et même le contenu de ces dernières »²²³.

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 travail²²⁴. Elles sont bien des déclarations unilatérales formulées au moment de l'expression du consentement à être lié²²⁵ 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 cas, 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 précitées (par. 2) de clauses de réserves indiscutables comme, par exemple, l'article 16 de la Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages²²⁶, l'article 33 de la Convention conclue 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 commerciale²²⁷ ou l'article 35, intitulé « Réserves », de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement²²⁸. Il apparaît donc que, tant en ce qui concerne leur forme que leurs effets²²⁹, 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 réserves²³⁰.

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 réserves : 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 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, 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'exclusion²³¹. Au demeurant, il s'agit d'un problème lié au régime juridique de ces déclarations et non à leur définition.

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 de 1969 et 1986, aux termes 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'alinéa *b* de l'article 19 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'Europe²³². « 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 »²³³. 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.

²²² Il serait sans doute plus exact d'écrire : « pourront ».

²²³ Imbert, op. cit. (voir *supra* note 218), p. 12.

²²⁴ 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 (voir G. Droz, « Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé », *Revue critique de droit international privé*, t. 58, n° 3, 1969, p. 388 à 392). Mais c'est une question toute différente de celle de la définition des réserves.

²²⁵ 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 le paragraphe 18 du commentaire.

²²⁶ « 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 »).

²²⁷ « 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. »

²²⁸ « 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. »

²²⁹ 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, Part One », *Fordham Law Review*, 1970-1971, vol. 39, p. 75 et 76.

²³⁰ Voir Imbert, op. cit. (*supra* note 218), p. 169 ou Spiliopoulou Akermark, loc. cit. (*supra* note 216), p. 505 et 506.

²³¹ 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.

²³² Voir Droz, loc. cit. (*supra* note 224), p. 385 à 388, H. Golsong, « Le développement du droit international régional », *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, actes du X^e colloque de la Société française pour le droit international qui s'est tenu à la faculté de droit de Bordeaux I en 1976, Paris, Pedone, 1977, p. 228 ou Spiliopoulou Akermark, loc. cit. (*supra* note 216), p. 489 et 490.

²³³ Imbert, op. cit. (voir *supra* note 218), 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 » (Golsong, loc. cit. [*supra* note 232], p. 228); voir aussi Spiliopoulou Akermark, loc. cit. (*supra* note 216), p. 498 (voir également p. 489 et 490).

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 réserves²³⁴. Il faut sans doute y voir la traduction d'une incertitude terminologique davantage qu'une distinction délibérée²³⁵. 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 typique²³⁶.

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 à la première session de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités²³⁷, 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 :

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 consentement.²³⁸

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 réserves²³⁹. À l'inverse, il apparaît que

cette disposition est rédigée comme n'impliquant pas que toutes les clauses offrant aux parties le choix entre diverses dispositions d'un traité *sont* 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 [1.4.6, 1.4.7] et 1.4.7 [1.4.8]. 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 de 1969 et 1986 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 de l'OIT (n° 102) concernant la norme minimum de sécurité sociale 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 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 considérées comme ses ressortissants pour l'application de la présente Convention »²⁴⁰;

- L'article 30 de la Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort 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 sur les services 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 réserves²⁴¹. 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

²³⁴ Voir les articles 7 (*supra* note 216) et 8 de la Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités et les exemples donnés par Spiliopoulou Akermark, *ibid.*, note 121, p. 506.

²³⁵ De même, le fait que certaines conventions multilatérales interdisent toute réserve tout en permettant certaines déclarations qui peuvent être assimilées à des clauses d'exclusion (cf. l'article 124 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale) 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.

²³⁶ Voir *supra* note 216.

²³⁷ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités* (*supra* note 170), rapport de la Commission plénière sur ses travaux à la première session de la Conférence, A/CONF.39/14, par. 156 et 157, p. 141.

²³⁸ Voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article 14, *Annuaire... 1966*, vol. II, A/6309/Rev.1, p. 219 et 220.

²³⁹ En ce sens, voir Spiliopoulou Akermark, *loc. cit.* (*supra* note 216), p. 506.

²⁴⁰ Sur les circonstances dans lesquelles cette disposition a été adoptée, voir Droz, *loc. cit.* (*supra* note 224), p. 414 et 415. Il s'agit là, typiquement, d'une « réserve négociée » au sens indiqué au paragraphe 11 du commentaire.

²⁴¹ De manière significative, l'article 22 précité de la Convention sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps est exclu de la liste des clauses de réserves donnée à l'article 25.

mesure où rien n'interdit aux négociateurs de déroger aux dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 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 fait. 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 des traités ». 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 intitulée « Nullité, extinction et suspension de l'application des traités ». Elles peuvent du reste être rattachées au paragraphe 1 de l'article 44, 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 (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*

1. 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.

2. 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 [1.4.6, 1.4.7] 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 paragraphe du projet de directive 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 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 nature très différente : 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-in* (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'amoinrir mais d'accroître les obligations découlant du traité pour l'auteur de la déclaration unilatérale²⁴².

4) La plus célèbre des clauses facultatives est sans doute le paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ²⁴³, 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 le paragraphe 1 de l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁴⁴, soit présentant un caractère exclusivement normatif comme, par exemple, l'article 25 de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires²⁴⁵.

²⁴² Selon M. 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 », 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).

²⁴³ « 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. »

²⁴⁴ « 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 n° 11 portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention) ou le paragraphe 1 de l'article 45 de la Convention américaine relative aux 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 partie a violé les droits de l'homme énoncés dans la présente Convention ».

5) Malgré quelques opinions doctrinales contraires²⁴⁶, 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"²⁴⁷ (les clauses d'*opting-out* semblent être bien plus proches des réserves que les clauses d'*opting-in*). Non seulement, en effet,

a) Les déclarations faites en vertu de ces dernières peuvent l'être, dans la plupart des cas, à n'importe quel moment, mais encore,

b) Les clauses facultatives "start from a presumption that parties are not bound by anything other than what they have explicitly chosen"²⁴⁸ (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

c) 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 auteur²⁴⁹ ou à limiter les obligations que lui impose le traité²⁵⁰, 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 »²⁵¹. Mais il ressort du projet de directive 1.4.1 [1.1.5] adopté par la Commission à sa cinquante et unième session qu'

[u]ne 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.

²⁴⁵ « 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 (par. 2) de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, l'article 15 de la Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, ou l'article 4 (par. 2 et 4) de la Convention de l'OIT (n° 118) concernant l'égalité de traitement des nationaux et des non-nationaux en matière de sécurité sociale (voir aussi les exemples donnés dans le mémorandum de l'OIT à la CIJ en 1951, *CIJ Mémoires, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Mémoires, plaidoiries et documents*, p. 232), ou encore l'article 4 (par. 2, al. g) de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

²⁴⁶ Voir Gormley, loc. cit. (*supra* note 229), p. 68 et 75 ou "The modification of multilateral conventions by means of 'negotiated reservations' and other 'alternatives': a comparative study of the ILO and Council of Europe, Part Two", *Fordham Law Review*, 1970-1971, vol. 39, p. 450.

²⁴⁷ Spiliopoulou Akermark, loc. cit. (voir *supra* note 216), p. 479 à 514, notamment p. 505.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Voir le projet de directive 1.1.

²⁵⁰ Voir le projet de directive 1.1.5 [1.1.6].

²⁵¹ Voir les commentaires des projets de directives 1.1.5 [1.1.6], 1.4.1 [1.1.5] et 1.4.2 [1.1.6] (*supra* note 212).

7) La seule différence entre les déclarations visées par le projet de directive 1.4.1 [1.1.5] 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 conjointement²⁵².

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 cause²⁵³, 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 juridiction de la CIJ en vertu du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de celle-ci²⁵⁴.

10) Sans qu'il soit utile de se prononcer sur la question de savoir s'il convient de distinguer entre « réserves » et « conditions »²⁵⁵, 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

²⁵² Virally les englobe dans la même appellation de « clauses facultatives » (loc. cit. [*supra* note 243], p. 13 et 14).

²⁵³ Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie* (voir *supra* note 207), 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 244] ne renferment pareille disposition » (arrêt du 23 mars 1995, *exceptions préliminaires*, par. 75, p. 139).

²⁵⁴ 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 des Nations Unies sur l'organisation internationale (voir IV/7, p. 39), ne fait aucun doute. Voir S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *Jurisdictio*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, 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)* [C.I.J. Recueil 1998, par. 42, p. 533] et l'arrêt du 21 juin 2000 dans l'affaire de l'*Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)* [C.I.J. Recueil 2000, par. 37 et 38, p. 29 et 30].

²⁵⁵ Rosenne opère une distinction entre ces deux notions (op. cit. [voir *supra* note 254], p. 768 et 769).

that acceptance, in the language of the *Right of Passage* (Merits) case²⁵⁶.

(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 CIJ, et notamment à son arrêt dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. 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 [...]²⁵⁷

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 CIJ 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 »²⁵⁸.

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 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 pratique²⁵⁹ de la distinction, il paraît nécessaire de compléter le projet de directive 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] 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.

²⁵⁶ Ibid., p. 769. Le passage en question de l'arrêt relatif à l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* du 12 avril 1960 figure à la page 34 du *CIJ Recueil 1960*.

²⁵⁷ *Compétence en matière de pêcheries* (voir *supra* note 254), par. 44, p. 453; voir aussi le paragraphe 47 : « Ainsi, les déclarations et les réserves doivent être considérées comme un tout ».

²⁵⁸ *Plateau continental de la mer Égée, arrêt, C.I.J. Recueil 1978*, par. 79, p. 33.

²⁵⁹ Notamment en matière d'interprétation; voir l'arrêt précité de la CIJ dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* (*supra* note 257), par. 42 à 56.

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 [1.4.8] s'insère dans un ensemble, constitué également par les projets de directives 1.1.8 et 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], 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 [1.4.6, 1.4.7]). 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 paragraphes, 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 paragraphe 1 de cette disposition 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 des Nations Unies sur le droit des traités²⁶⁰, 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 (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.²⁶¹

4) Toutefois, comme on l'a fait remarquer²⁶², 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 à sa dix-huitième session.

²⁶⁰ Voir *supra* note 237.

²⁶¹ Paragraphe 3 du commentaire de l'article 14 (voir *supra* note 238).

²⁶² Spiliopoulou Akermark, loc. cit. (*supra* note 216), p. 504.

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 dont le paragraphe 1 de l'article 38 dispose :

Les adhésions au présent Acte général pourront s'appliquer :

- a) Soit à l'ensemble de l'Acte (chapitres I, II, III et IV);
- b) Soit seulement aux dispositions relatives à la conciliation et au règlement judiciaire (chapitres I et II), ainsi qu'aux dispositions générales concernant ces procédures (chapitre IV).²⁶³

Il en va de même de plusieurs conventions de l'OIT où cette technique, souvent reprise par la suite²⁶⁴, a été inaugurée par la Convention (n° 102) concernant la norme minimum de la 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, dont le paragraphe 1 de l'article 20 prévoit un « système d'acceptation partielle facultatif »²⁶⁵ :

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 aux dispositions du 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 1, 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.²⁶⁶

6) De telles dispositions ne sauraient être assimilées aux clauses facultatives mentionnées dans le projet de direc-

tive 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], 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 égard²⁶⁷ 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'exclusion²⁶⁸. 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 »²⁶⁹, 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 exclu²⁷⁰ 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).

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 n° 96 (révisée) de l'OIT sur les bureaux de placement payants²⁷¹ :

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

²⁶³ L'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux ajoute une troisième possibilité : « c) Soit seulement aux dispositions relatives à la conciliation (chap. I^{er}), ainsi qu'aux dispositions générales concernant cette procédure (chap. IV) ».

²⁶⁴ Voir Imbert, op. cit. (*supra* note 218), p. 172.

²⁶⁵ H. Wiebringhaus, « La Charte sociale européenne : vingt ans après la conclusion du Traité », *Annuaire français de droit international*, vol. 28, 1982, p. 936.

²⁶⁶ Ce système complexe a été repris par le paragraphe 1 de l'article A de la Charte sociale européenne révisée. Voir aussi les articles 2 et 3 du Code européen de sécurité sociale ou l'article 2 de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires :

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

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. »

²⁶⁷ Cela ressort, du reste, de la rédaction du paragraphe 2 de l'article 17 précité (voir le paragraphe 2 du commentaire) des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

²⁶⁸ Voir le projet de directive 1.1.8.

²⁶⁹ Imbert, op. cit. (voir *supra* note 218), p. 170.

²⁷⁰ L'article 287 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer 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.

²⁷¹ 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 » (op. cit. [*supra* note 218], p. 172); voir aussi F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Institut T.M.C. Asser, Swedish Institute of International Law, Studies in International Law, vol. 5, 1988, p. 134.

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.²⁷²

10) Comme on l'a écrit, "[o]ptional commitments ought to be distinguished from authorized reservations, although they in many respects resemble such reservations"²⁷³ (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 de 1969 et 1986, qui tranche avec l'allusion du paragraphe 1 aux articles 19 à 23 relatifs aux réserves²⁷⁴, 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.

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 entre ces déclarations et les réserves n'en sont pas moins frappantes du fait qu'à l'inverse de celles-ci ces déclarations sont, en vertu du traité, la condition *sine qua non*²⁷⁵ 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.

1.7 Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives

Commentaire

1) Les réserves ne constituent pas le seul procédé permettant aux parties à un traité d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions de celui-ci ou du

²⁷² Voir aussi la section 1 de l'article XIV des statuts du FMI (modifiés 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 ».

²⁷³ Horn, *op. cit.* (voir *supra* note 271), p. 133.

²⁷⁴ Voir les paragraphes 13 à 15 du commentaire du projet de directive 1.1.8.

²⁷⁵ Telle est la raison pour laquelle le projet de directive 1.4.7 [1.4.8] 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.

traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers. Dès lors, 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 réserves. Dans l'esprit de la Commission, ces procédés, loin de constituer des invitations faites aux États de rendre un traité moins effectif, comme certains membres ont semblé le craindre, contribueraient plutôt à rendre le recours aux réserves moins « nécessaire » ou fréquent, en offrant des techniques conventionnelles plus souples.

2) Par ailleurs, certains membres de la Commission ont estimé que certaines de ces alternatives différaient profondément des réserves du fait qu'elles constituaient des clauses figurant dans le traité lui-même et non pas des déclarations unilatérales et que, de ce fait, elles relevaient du processus rédactionnel d'un traité plus que de son application. Il est cependant apparu que, produisant des effets presque identiques à ceux qui sont produits par les réserves, ces techniques méritent d'être mentionnées dans le chapitre du Guide de la pratique consacré à la définition des réserves, ne fût-ce que pour mieux cerner les éléments clefs de ce concept, les en distinguer et, le cas échéant, en tirer des leçons en ce qui concerne le régime juridique des réserves.

3) *Mutatis mutandis*, le problème se pose de la même manière s'agissant des déclarations interprétatives dont l'objectif peut être atteint par d'autres moyens.

4) Certains de ces procédés alternatifs font l'objet de projets de directives dans le chapitre 1.4 du Guide de la pratique. Néanmoins, ceux-ci ne portent que sur « [l]es déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives »²⁷⁶, à l'exclusion des autres techniques de modulation des dispositions d'un traité ou de leur interprétation. Étant donné le caractère pratique du Guide dont elle a entrepris la rédaction, la Commission a considéré qu'il pouvait être utile de consacrer un bref chapitre de cet instrument à l'ensemble de ces procédés alternatifs aux réserves et aux déclarations interprétatives afin de rappeler aux utilisateurs, et en particulier aux négociateurs des traités, la large gamme de possibilités qui s'offrent à eux à ces fins.

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs tels que :

- **L'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;**
- **La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un**

²⁷⁶ Voir le projet de directive 1.4.

traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

Commentaire

1) La formulation de réserves constitue pour les États (et, dans une certaine mesure, pour les organisations internationales) un moyen de préserver partiellement leur liberté d'action alors même qu'ils acceptent en principe de la limiter en se liant par un traité. Cette « préoccupation de chaque gouvernement de préserver sa faculté de rejeter ou d'adopter [et d'adapter] le droit (préoccupation défensive, minimale) »²⁷⁷ est particulièrement présente dans deux hypothèses : soit lorsque le traité dont il s'agit touche des domaines spécialement sensibles ou comporte des obligations exceptionnellement contraignantes²⁷⁸, soit lorsqu'il lie des États se trouvant dans des situations très différentes et aux besoins desquels une réglementation uniforme ne répond pas forcément.

2) C'est une considération de ce genre qui a conduit les auteurs de la Constitution de l'OIT à préciser, au paragraphe 3 de l'article 19 :

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 pays.²⁷⁹

Selon l'OIT, qui se fonde sur cet article pour justifier le refus des réserves aux conventions internationales du travail²⁸⁰ :

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 Conférence.²⁸¹

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 obligations.²⁸²

²⁷⁷ G. de Lacharrière, *La politique juridique extérieure*, Paris, Economica, 1983, p. 31.

²⁷⁸ Tel est le cas, par exemple, des actes constitutifs d'organisations internationales « d'intégration » (voir les Traités créant les Communautés européennes; voir aussi le Statut de Rome de la Cour pénale internationale).

²⁷⁹ Cette disposition reprend les dispositions de l'article 405 du Traité de Versailles.

²⁸⁰ Voir le paragraphe 3 du commentaire du projet de directive 1.1.8.

²⁸¹ « Faculté de formuler des réserves dans les conventions générales », memorandum du Directeur du BIT adressé au Conseil le 15 juin 1927, Société des Nations, *Journal officiel*, juillet 1927, p. 883. Voir aussi « Written statement of the International Labour Organization » (*supra* note 245), p. 224 et 236.

²⁸² Gormley, loc. cit. (voir *supra* note 229), 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.

(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.)

3) La recherche de la conciliation de ces deux buts constitue l'objectif aussi bien des réserves proprement dites que des procédés alternatifs objets du projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4]. Les réserves sont l'un des moyens visant à réaliser cette conciliation. 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 parties »²⁸³ tout en ne portant pas atteinte à son objet et à son but. Bien d'autres procédés sont utilisés en vue de donner aux traités une flexibilité rendue nécessaire par la diversité des situations des États ou des organisations internationales ayant vocation à être liés²⁸⁴, étant entendu que le mot « peuvent » figurant dans le projet de directive 1.7.1 ne doit pas être interprété comme impliquant un quelconque jugement de valeur sur l'utilisation de l'une ou l'autre technique, mais doit être entendu comme étant purement descriptif.

4) 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 traité »²⁸⁵, ou « du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers »²⁸⁶ 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 limites »²⁸⁷. 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 autres²⁸⁸.

5) Il existe de multiples façons de les regrouper, en fonction des techniques utilisées (conventionnelles ou unilatérales), de l'objet poursuivi (extension ou restriction des obligations découlant du traité) ou du caractère réciproque ou non de leurs effets. On peut aussi les distinguer selon que la modulation des effets juridiques des dispositions d'un traité est prévue dans le traité lui-même ou résulte d'éléments exogènes.

6) 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

²⁸³ J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 133.

²⁸⁴ Certains auteurs se sont efforcés de réduire à l'unité l'ensemble de ces procédés; voir, notamment, Droz, qui oppose « réserves » et « facultés » (loc. cit. [*supra* note 224], p. 383). En revanche, F. Majoros 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 », *Journal du droit international*, 1974, n° 1, p. 88).

²⁸⁵ Voir le projet de directive 1.1.

²⁸⁶ Voir le projet de directive 1.1.1 [1.1.4].

²⁸⁷ Virally, loc. cit. (*supra* note 242), p. 6.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 17.

limites »²⁸⁹ quant au domaine couvert par l'obligation ou à sa validité temporelle;

- Les clauses d'exception, « qui n'ont d'autre objet que d'écarter l'application des obligations générales dans des hypothèses particulières »²⁹⁰ et parmi lesquelles on peut distinguer les clauses de sauvegarde d'une part et les dérogations d'autre part²⁹¹;
- Les clauses facultatives ou d'*opting-in* (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 ensemble »²⁹²;
- Les clauses d'exclusion ou d'*opting-out* (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 time »²⁹³ (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 elles-mêmes, qui permettent aux parties contractantes de formuler des réserves, en les soumettant, le cas échéant, à certaines conditions et restrictions.
- 7) Entrent dans la seconde catégorie²⁹⁴, 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 traité²⁹⁵, 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*²⁹⁶ et *non adimpleti contractus*²⁹⁷;
- Les amendements au traité, lorsqu'ils ne lient pas automatiquement toutes les parties à celui-ci²⁹⁸; ou
- Les protocoles ou accords ayant pour objet (ou pour effet) de compléter ou de modifier un traité multilatéral entre certaines parties seulement²⁹⁹, y compris dans le cadre de la « bilatéralisation »³⁰⁰.

8) Cette liste ne prétend nullement à l'exhaustivité : comme cela est souligné ci-dessus³⁰¹, les négociateurs font preuve d'une ingéniosité qui paraît sans limite et qui exclut toute prétention à l'exhaustivité. Pour cette raison, le projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] se borne à mentionner deux procédés qui ne le sont pas ailleurs et qui sont parfois qualifiés de « réserves » alors même qu'ils ne répondent nullement à la définition figurant dans le projet de directive 1.1.

9) D'autres « alternatives aux réserves », qui se traduisent par des déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité, ont fait l'objet de projets de directives figurant dans le chapitre 1.4 du Guide de la pratique. Tel est le cas des déclarations faites en vertu :

- D'une clause facultative, éventuellement assorties de conditions et restrictions (projet de directive 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7]); ou

²⁸⁹ Ibid., p. 10. Cette notion correspond aux *clawback clauses* telles qu'elles ont été définies par R. 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 », *The British Year Book of International Law, 1976-1977*, p. 281]; voir aussi F. Ouguergouz, « L'absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droits de l'homme : les réponses du droit international général », *Revue générale de droit international public*, 1994, p. 296. D'autres auteurs proposent une définition plus restrictive; selon R. Gittleman, 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 Peoples' Rights: a legal analysis », *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n° 4, été 1982, p. 691, cité par R. 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*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 24].

²⁹⁰ Virally, loc. cit. (*supra* note 242), p. 12.

²⁹¹ 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. La comparaison des articles XIX (par. 1) et XXV (par. 5) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce fait bien ressortir la différence. 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 dans le territoire de cette partie contractante en quantités tellement accrues et à des conditions telles qu'il porte ou menace de porter un préjudice sérieux aux producteurs nationaux de produits similaires ou directement concurrents, il sera loisible à cette partie contractante, dans la mesure et pendant le temps qui pourront être nécessaires pour prévenir ou réparer ce préjudice, de suspendre, en totalité ou en partie, l'engagement pris à l'égard de ce produit, de retirer ou de modifier la concession »; il s'agit d'une sauvegarde (cette faculté a été réglementée mais non supprimée par l'Accord sur les sauvegardes de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce). 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 obligation qui lui est imposée 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 contractantes »; voir aussi l'article VIII (sect. 2.a) des statuts du FMI.

²⁹² Virally, loc. cit. (*supra* note 243), p. 13.

²⁹³ Simma, loc. cit. (voir *supra* note 214); voir aussi Tomuschat, *ibid.*

²⁹⁴ 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.

²⁹⁵ L'extinction du traité est de nature différente : elle met fin aux rapports conventionnels.

²⁹⁶ Voir l'article 62 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

²⁹⁷ Voir l'article 60 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

²⁹⁸ Voir les articles 40 (par. 4) et 30 (par. 4) des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

²⁹⁹ Voir l'article 41 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

³⁰⁰ Voir les paragraphes 19 à 23 du commentaire.

³⁰¹ Voir le paragraphe 4 du commentaire.

– D'une clause imposant de choisir entre plusieurs dispositions ou groupes de dispositions (projet de directive 1.4.7 [1.4.8]).

10) D'autres procédés alternatifs sont tellement évidemment distincts des réserves qu'il n'a pas paru utile de les mentionner spécifiquement dans le Guide de la pratique. Il en va ainsi, par exemple, des notifications de suspension du traité. Il s'agit, à nouveau, de 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, si celles-ci sont divisibles³⁰², mais seulement à titre temporaire. Régies par le paragraphe 1 de l'article 65 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986³⁰³, elles visent à libérer les parties « entre lesquelles l'application du traité est suspendue de l'obligation d'exécuter le traité dans leurs relations mutuelles pendant la période de suspension »³⁰⁴ et se différencient nettement des réserves, moins par le caractère temporaire de l'exclusion de l'application du traité³⁰⁵ que par le moment auquel elles interviennent, nécessairement postérieur à l'entrée en vigueur du traité à l'égard de l'auteur de la déclaration. Du reste, les Conventions de Vienne les soumettent à un régime juridique clairement distinct de celui des réserves³⁰⁶.

11) Il en va de même lorsque la suspension de l'effet des dispositions d'un traité résulte d'une notification faite non

³⁰² Voir les articles 57 a (Suspension de l'application d'un traité en vertu de ses dispositions ou par consentement des parties) et 44 (Divisibilité des dispositions d'un traité) des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Voir également P. Reuter, « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels », *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, sous la direction d'Y. Dinstein, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 623 à 634, également reproduit dans P. Reuter, *Le développement de l'ordre juridique international : écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 361 à 374.

³⁰³ « La partie qui, sur la base des dispositions de la présente Convention, 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. »

³⁰⁴ Article 72 (par. 1, al. a) des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

³⁰⁵ Certaines réserves peuvent n'être faites que pour une période déterminée; ainsi, Horn donne l'exemple de la ratification par les États-Unis de la Convention interaméricaine relative à l'extradition 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) [op. cit. (*supra* note 271), p. 100]. Et certaines clauses de réserves imposent même un tel caractère provisoire (voir l'article 25 [par. 1] de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants et l'article 14 [par. 2] de la Convention européenne sur le statut juridique des enfants nés hors mariage, 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 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 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, qui autorise un État contractant ne connaissant pas le divorce à se réserver le droit de ne pas reconnaître un divorce, mais dont le paragraphe 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 »).

³⁰⁶ Voir, en particulier, les articles 65, 67, 68 et 72.

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-même³⁰⁷. L'identité de conception entre cette technique et celle des réserves 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 déterminé, de ses obligations internationales est de nature à inciter l'État hésitant à adhérer finalement à un engagement qui lui offre certains avantages. Là s'arrête toutefois le rapprochement entre les deux procédés.³⁰⁸

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 traité³⁰⁹. 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'un projet de directive concernant les premières dans le Guide de la pratique ne paraît pas indispensable.

12) Il en va différemment en ce qui concerne deux autres procédés, que l'on peut également considérer comme des alternatives aux réserves en ce sens qu'ils visent (ou peuvent viser) à moduler les effets d'un traité en fonction de certaines particularités de la situation des parties : les clauses restrictives d'une part, et d'autre part les accords par lesquels deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

13) En apparence, tout, si ce n'est leur objet, distingue ces procédés des réserves. Il s'agit de techniques purement conventionnelles, 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 ne fût-ce que du fait de certaines prises de position doctrinales qualifiant, de manière fort discutable, ces procédés de « réserves ». Telle est la raison pour laquelle la majorité des membres de la Commission a jugé utile de les mentionner expressément dans le projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4].

³⁰⁷ Comme cela est indiqué *supra* (note 291), ces clauses d'exception se répartissent en deux catégories : les clauses de dérogation d'une part, les clauses de sauvegarde d'autre part.

³⁰⁸ A. Manin, « À propos des clauses de sauvegarde », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 1, janvier-mars 1970, p. 3.

³⁰⁹ Voir le paragraphe 10 du commentaire. En ce sens, voir Spiliopoulou Akermark, loc. cit. (*supra* note 216), p. 501 et 502.

14) Les clauses restrictives visant à limiter l'objet des obligations résultant du traité en leur apportant des exceptions et des limites sont innombrables et se retrouvent dans des traités portant sur les sujets les plus divers, qu'il s'agisse du règlement des différends³¹⁰, de la protection des droits de l'homme³¹¹ ou de l'environnement³¹², de commerce³¹³, du droit des conflits armés³¹⁴, etc. Même si de telles dispositions se rapprochent des réserves par leur objet³¹⁵, les deux techniques « opèrent » différemment : dans le cas des clauses restrictives, l'exclusion est générale et résulte du traité lui-même; dans celui des réserves, 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'adhésion³¹⁶.

15) 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"³¹⁷ » 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 repris³¹⁸ de l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Ambatielos*, le juge Zoricic 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 sens.³¹⁹

16) Le projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] mentionne les clauses restrictives à la fois pour mettre en garde contre cette confusion fréquente et pour signaler qu'il y a là une alternative possible aux réserves au sens du Guide de la pratique.

17) La mention des accords par lesquels deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions de celui-ci dans leurs relations mutuelles répond aux mêmes préoccupations.

18) Autant il ne paraît pas nécessaire de s'attarder sur un autre procédé conventionnel qui est, lui aussi, 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 traité³²⁰, autant il en va différemment de certains

³¹⁰ Outre l'article 27 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends, voir, par exemple, l'article premier de la Convention d'arbitrage franco-britannique du 14 octobre 1903 (voir J. De Clercq, *Recueil des traités de la France*, t. 22, 1901-1904, Paris, Pedone, 1907, p. 439 et 440), qui a servi de modèle à de 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 des tierces puissances ».

³¹¹ Voir les *clawback clauses* évoquées *supra* (note 289). À titre d'exemple (ici encore, ces traités sont innombrables), voir l'article 4 du Pacte international 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 ».

³¹² Voir l'article VII (Déroptions 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 ou l'article 4 (Exceptions) de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement.

³¹³ Voir les articles XII (Restrictions destinées à protéger 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.

³¹⁴ Voir l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 (niveau minimal de protection).

³¹⁵ Imbert donne deux exemples qui font bien ressortir cette différence essentielle en opposant l'article 39 de l'Acte général révisé pour le règlement pacifique des différends internationaux à l'article 27 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (op. cit. [*supra* note 218], p. 10); aux termes du paragraphe 2 de l'article 39 de l'Acte général, des réserves limitativement énumérées et qui « devront être indiquées au moment de l'adhésion » « 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 européenne 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 ». L'article 39 de l'Acte général est une clause de réserves; l'article 27 de la Convention européenne, une « clause restrictive ». 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.

³¹⁶ Dans l'exemple précédent, il n'est donc pas tout à fait exact que, comme l'écrit Imbert, « [d]ans la pratique, l'article 27 de la Convention européenne entraîne le même résultat qu'une réserve à l'Acte général » (ibid.). Ce n'est vrai que pour ce qui est des relations de l'État réservataire avec les autres parties à l'Acte général, mais pas dans celles de ces autres parties entre elles, auquel le traité s'applique dans son intégralité.

³¹⁷ Imbert, ibid. Pour un exemple de « réserve d'ordre public », voir le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention 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 leur territoire ». Pour un exemple de « réserve de compétence exclusive », voir l'article 3 (par. 11) de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes : « 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 ».

³¹⁸ Voir G. Fitzmaurice, "The law and procedure of the International Court of Justice 1951-4: treaty interpretation and other treaty points", *The British Year Book of International Law* 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.

³¹⁹ *Ambatielos, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil* 1952, p. 76. Pour un autre exemple, voir G. Scelle, *Précis de droit des gens : principes et systématique*, partie II, Paris, Sirey, 1934, p. 472.

³²⁰ Envisagé par les articles 40 (par. 4 et 5) [et 30, par. 4] et 41 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, ce procédé est d'application courante. Même si, dans son esprit et sous certains aspects de son régime juridique (respect des caractères essentiels du traité, quoique l'express-

accords particuliers conclus entre deux ou quelques États parties aux traités de base, visant à produire les mêmes effets que les réserves et à propos desquels on a parlé de « bilatéralisation » des « réserves ».

19) 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 prévu »³²¹. On peut en trouver trace, par exemple, dans le paragraphe 1 de l'article XXXV de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce³²². Par lui-même, ce procédé ne relève pas d'un esprit comparable à

sion « 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'une partie, 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 parties, 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;

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 équivalence, 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.

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.

³²¹ M. H. van Hoogstraten, « L'état présent de la Conférence de La Haye de droit international privé », *The Present State of International Law and Other Essays: Written in Honour of the Centenary Celebration of the International Law Association, 1873-1973*, sous la direction de M. Bos, Deventer, Kluwer, 1973, p. 387.

³²² « 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 ou l'autre des parties contractantes ne consent pas à cette application au moment où l'une ou l'autre devient partie contractante. » Voir Imbert, op. cit. (*supra* note 218), p. 199. La pratique des « accords latéraux » (voir D. Carreau et P. Juillard, *Droit international économique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, p. 54 à 56 et 127) a accentué cette bilatéralisation. Voir aussi l'article XIII de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, ou certaines conventions adoptées dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé, par exemple l'article 13 (par. 4) de la Convention concernant la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés, associations et fondations étrangères, l'article 12 de la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, l'article 31 de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, l'article 42 de la Convention sur l'administration internationale des successions, l'article 44 (par. 3) de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, l'article 58 (par. 3) de la Convention 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 (par. 3) de la Convention sur la protection internationale des adultes ou encore l'article 37 (par. 3) de la Convention européenne sur l'immunité des États adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe : « [...] 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 ».

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 reconnue³²³.

20) Toutefois, il en va différemment lorsque la bilatéralisation se traduit par un accord dérogatoire au traité conclu entre certaines parties à celui-ci en application de dispositions expresses en ce sens, comme on en rencontre dans la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, adoptée le 1^{er} février 1971 dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. C'est du reste à l'occasion de l'élaboration de cette convention que la notion de « bilatéralisation des réserves » a été théorisée.

21) À la suite d'une proposition belge, la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale va en effet plus loin que les techniques traditionnelles de bilatéralisation. Non seulement l'article 21 de cet instrument subordonne l'entrée en vigueur de la Convention dans les relations entre deux États à la conclusion d'un accord complémentaire³²⁴, mais encore elle permet aux deux États de moduler leur engagement *inter se* dans les limites précises fixées à l'article 23³²⁵ :

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 22 facultés diverses de modulation de la Convention, dont les buts, tels qu'ils ont été synthétisés, 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, n^{os} 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, n^{os} 3, 4, 22);

3. Faire appliquer la Convention dans des cas dans lesquels les conditions normalement prévues par elle ne sont pas réalisées (article 23 de la Convention, n^{os} 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, n^o 5);

5. Rendre quelques dispositions de la Convention inapplicables (article 23 de la Convention, n^o 20);

6. Rendre obligatoires quelques dispositions facultatives de la Convention (article 23 de la Convention, n^{os} 8 bis et 20);

³²³ Voir le projet de directive 1.4.3 [1.1.7] et les paragraphes 5 à 9 du commentaire (*supra* note 212).

³²⁴ « 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. »

³²⁵ La proposition belge initiale n'envisageait pas cette possibilité de modulation qui ne s'est imposée qu'ultérieurement durant l'avancement des discussions (voir P. Jenard, « Une technique originale : la bilatéralisation de conventions multilatérales », *Revue belge de droit international*, 1966-2, p. 392 et 393).

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, n^{os} 14, 15, 16, 17, 18, 19).³²⁶

Sans doute beaucoup de ces variantes possibles sont-elles « de simples facultés permettant aux États de définir des mots ou de prévoir des procédures »³²⁷, mais certaines restreignent l'effet de la Convention et ont des effets très comparables à ceux des réserves, ce qu'elles ne sont cependant pas³²⁸.

22) La Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale 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'autres³²⁹ :

- L'article 20 de la Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale qui permet aux États contractants de « s'entendre pour déroger » à certaines de ses dispositions³³⁰;
- L'article 34 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises³³¹;
- Les articles 26, 56 et 58 de la Convention européenne de sécurité sociale qui, dans des termes voisins, prévoient 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, comme exemples plus récents :

- Le paragraphe 2 de l'article 39 de la Convention 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 Convention;³³²

- L'article 5 (« Extension volontaire de la procédure ») de la Convention 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 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.

23) Certes, ces facultés, qui permettent aux parties concluant un accord complémentaire d'exclure l'application de certaines dispositions du traité de base ou de ne pas appliquer certaines de ses clauses, en règle générale ou dans certaines circonstances, visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou de celui-ci dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application aux deux parties liées par l'accord. Mais, et c'est là une différence fondamentale avec les réserves proprement dites, ces exclusions ou ces modifications résultent non pas d'une déclaration unilatérale, forme qui constitue un élément essentiel de la définition des réserves³³³, mais d'un accord entre deux des parties au traité de base, qui ne produit aucun effet à l'égard des autres parties contractantes à celui-ci :

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 propre.³³⁴

L'accord complémentaire est, en quelque sorte, un « acte-condition » nécessaire non pas à l'entrée en vigueur du traité mais pour lui faire produire des effets dans les relations entre les deux parties 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. Toutefois, la nature conventionnelle du procédé exclut toute assimilation avec les réserves.

24) Ce sont ces accords qui ont le même objet que les réserves et à propos desquels on parle, couramment mais de façon trompeuse, de « réserves bilatéralisées » qui sont visés au second tiret du projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4].

1.7.2 [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 États

³²⁶ Voir le rapport explicatif de Ch. N. Fragistas, Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la session extraordinaire, 13-26 avril 1966, Exécution des jugements*, La Haye, Imprimerie nationale, 1969, p. 364. Voir aussi G. Droz, « Le récent projet de Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », *Netherlands International Law Review*, 1966, p. 240.

³²⁷ Imbert, op. cit. (voir *supra* note 218), p. 200.

³²⁸ *Contra* Imbert, *ibid.*

³²⁹ Ces exemples sont empruntés à Imbert, *ibid.*, p. 201.

³³⁰ Mais l'application de cette disposition ne repose pas sur le libre choix du partenaire; voir Imbert, *ibid.*; voir aussi Droz, loc. cit. (*supra* note 224), p. 390 et 391. En fait, ce procédé se rapproche nettement des amendements entre certaines parties à la convention de base seulement.

³³¹ Cette disposition appelle la même remarque.

³³² 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 de la Convention 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 sur la protection internationale des adultes.

³³³ Voir le projet de directive 1.1 : « L'expression réserve s'entend d'une déclaration unilatérale*... ».

³³⁴ P. Jenard, Rapport du Comité restreint sur la bilatéralisation, Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents...* (voir *supra* note 326), p. 145. Voir aussi le rapport explicatif de Fragistas, loc. cit. (*ibid.*), p. 363 et 364, ou Droz, loc. cit. (*supra* note 224), p. 391.

ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives tels que :

- L'insertion dans le traité de dispositions expresses visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

Commentaire

1) 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. Si on laisse de côté les mécanismes d'interprétation par des tiers parfois prévus par le traité³³⁵, la diversité de ces procédés alternatifs est cependant moins grande en matière d'interprétation. À titre indicatif, on peut faire état de deux procédés de ce genre.

2) En premier lieu, il arrive très fréquemment que le traité lui-même précise l'interprétation qu'il convient de donner à ses propres dispositions. Tel est d'abord l'objet des clauses contenant la définition des termes employés dans le traité³³⁶. 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 traité³³⁷, soit dans un instrument distinct³³⁸.

3) En second lieu, les parties, ou certaines d'entre elles³³⁹, peuvent conclure un accord aux fins d'interpréter

³³⁵ Voir D. Simon, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, Paris, Pedone, 1981.

³³⁶ Voir, parmi d'innombrables exemples, l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ou l'article XXX des statuts du FMI.

³³⁷ Voir ici encore, parmi des exemples très nombreux, le paragraphe 4 de l'article 13 du Pacte international 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 ».

³³⁸ Voir les « Notes et dispositions additionnelles » à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce. Cela correspond à l'hypothèse envisagée par le paragraphe 2 de l'article 30 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

³³⁹ Lorsque toutes les parties à l'accord interprétatif le sont aussi au traité initial, l'interprétation est authentique (voir le paragraphe 14 du

un traité précédemment conclu entre elles. Cette hypothèse est expressément envisagée par l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 31 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, qui impose 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.³⁴⁰

4) Il peut du reste arriver que l'interprétation soit « bilatéralisée »³⁴¹. 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 de la Convention 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 :

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;³⁴²

5) Ne serait-ce que par souci de symétrie avec le projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] relatif aux alternatives aux réserves, il paraît dès lors souhaitable d'insérer dans le Guide de la pratique une disposition relative aux alternatives aux déclarations interprétatives. En revanche, il ne semble pas nécessaire de consacrer un projet de directive distinct aux alternatives aux déclarations interprétatives conditionnelles³⁴³ : les procédés alternatifs recensés ci-dessus sont de nature conventionnelle et supposent l'accord des parties contractantes. Peu importe dès lors que l'interprétation agréée constitue ou non la condition de leur consentement à être liées.

commentaire final de la Commission sur l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 27 du projet d'articles sur le droit des traités – devenu l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969 [*Annuaire...* 1966, vol. II, A/6309/Rev.1, p. 241]); cf., s'agissant des traités bilatéraux, le projet de directive 1.5.3 [1.2.8].

³⁴⁰ Un membre de la Commission a cependant exprimé un doute sur l'assimilation d'un tel accord à ceux visés à l'article 31.

³⁴¹ Sur la bilatéralisation des « réserves », voir le projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] et les paragraphes 18 à 23 du commentaire.

³⁴² Sur cette disposition, voir le paragraphe 20 du commentaire du projet de directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4].

³⁴³ Voir le projet de directive 1.2.1 [1.2.4].