



Article scientifique

Article

2006

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Du domaine réservé : réflexions sur la théorie de la compétence nationale

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Du domaine réservé : réflexions sur la théorie de la compétence nationale. In: Revue générale de droit international public, 2006, n° 3, p. 597–646.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44897>

RGDIP, vol. 110 (2006).

DU DOMAINE RESERVE

REFLEXIONS SUR LA THEORIE DE LA COMPETENCE NATIONALE

par

Robert KOLB

*Professeur de droit international aux Universités de Neuchâtel, de Berne et de Genève
(Centre universitaire de droit international humanitaire)*

C'est peu dire qu'une brume épaisse reste couchée sur le concept de domaine réservé ou de compétence nationale. Les ténèbres y sont parfois ajoutées par des politiciens intéressés, qui en obscurcissent systématiquement les linéaments déjà pâles¹. Certes, la doctrine juridique ne s'est pas fait faute de traiter le sujet en y projetant une pluralité de rayons de lumière. L'on possède ainsi un grand nombre d'écrits, souvent de grande qualité scientifique, qui cherchent à déterminer avec plus de précision la portée du concept et d'offrir au lecteur des analyses des principales dispositions dans lesquelles le droit positif l'a couché: notamment les articles 15, § 8, du Pacte de la Société des Nations et l'article 2, § 7, de la Charte des Nations Unies². Le but de cette brève contribution n'est pas d'offrir une

1 - L'image est largement empruntée à J. H. W. Verzijl, «Le domaine réservé de la compétence nationale exclusive», *Mélanges T. Perassi*, vol. II, Milan, 1957, p. 391.

2 - Le lecteur pourra se référer notamment aux textes suivants: M. S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Bombay/Calcutta/Madras, 1958 (2 éd., Londres, 1961); L. Kopelmanas, *L'organisation des Nations Unies*, Paris, 1947, p. 207ss; G. Sperduti, *Il dominio riservato*, Milan, 1970; G. Arangio-Ruiz, «Le domaine réservé - L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne», *RCADI*, vol. 225, 1990-VI, p. 9ss; et N. Politis, «Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux», *RCADI*, vol. 6, 1925-I, p. 43ss; G. Scelle, «Critique du soi-disant domaine de 'compétence exclusive'», *RDILC*, vol. 14, 1933, p. 365ss; S. Ségol, «Le domaine réservé», *RDILC*, vol. 14, 1933, p. 704ss et *RDILC*, vol. 15, 1934, p. 25ss; P. Berthoud, «La compétence nationale des Etats et l'Organisation des Nations Unies», *ASDI*, vol. 4, 1947, p. 17ss; C. Fincham, *Domestic Jurisdiction: The Exception of Domestic Jurisdiction as a Bar to Action by the League of Nations and the United Nations*, Leyde, 1948; L. Preuss, «Article 2, Paragraph 7, of the Charter of the United Nations and Matters of Domestic Jurisdiction», *RCADI*, vol. 74, 1949-I, p. 553ss; A. Ross, «The Proviso Concerning 'Domestic Jurisdiction' in Article 2 (7) of the Charter of the United Nations», *AJIL*, vol. 2, 1950, p. 562ss; H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, Londres, 1951, p. 769ss; C. Rousseau, «La détermination des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des Etats», Rapport définitif, *Annuaire IDI*, vol. 44-I, 1952, p. 137ss; J. Ludovicy, «L'article 2, § 7, de la Charte des Nations Unies et la notion de domaine réservé», *AJIL*, vol. 8, 1957/8, p. 175ss; J. H. W. Verzijl, «Le domaine réservé de la compétence nationale exclusive», *Mélanges T. Perassi*, vol. II, Milan, 1957, p. 391ss; R. Bindschedler, «La délimitation des compétences des Nations Unies», *RCADI*, vol. 108, 1963-I, p. 391ss; R. Higgins, *The Development of*

analyse supplémentaire des travaux préparatoires, des problèmes d'interprétation et de la pratique des organes internationaux que ces clauses de domaine réservé ont suscitées depuis des décennies. Sur ces points, rien ne peut être ajouté aux excellentes analyses déjà entreprises par d'éminents auteurs. Nous nous concentrerons ici sur le problème de construction du domaine réservé, c'est-à-dire sur son fondement juridique. Comment concevoir juridiquement le domaine réservé? Est-ce qu'il renvoie à des questions non réglementées par le droit international; est-ce qu'il renvoie à des questions non saisies par des normes morales ou de *soft law* international? est-ce qu'il touche à des questions d'intérêt international (*matters of international concern*)? est-ce qu'il concerne au contraire certains types de rapports, visant à s'opposer à une supranationalité? est-ce qu'il peut être construit autrement? Est-ce que tout d'abord il peut être maintenu comme

International Law Through the Political Organs of the United Nations, Londres/New York/Toronto, 1963, p. 58ss; A. Ross, «La notion de 'compétence nationale' dans la pratique des Nations Unies», *Mélanges H. Rolin*, Paris, 1964, p. 284ss; A. Verdross, «la compétence nationale dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et l'indépendance des Etats», *cette Revue*, vol. 69, 1965, p. 314ss; A. Verdross, «The Plea of Domestic Jurisdiction before an International Tribunal and a Political Organ of the United Nations», *ZöfRV*, vol. 28, 1968, p. 33ss; F. Ermacora, «Human Rights and Domestic Jurisdiction (Article 2 § 7 of the Charter)», *RCADI*, vol. 124, 1968-II, p. 371ss; N. Ouchakov, «La compétence interne des Etats et la non-intervention dans le droit international contemporain», *RCADI*, vol. 141, 1974-I, p. 34ss; A. A. Cançado Trindade, «The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations», *ICLQ*, vol. 25, 1976, p. 715ss; A. D'Amato, «Domestic Jurisdiction», *EPIL*, vol. 1 (A-D), 1992, p. 1090ss; B. Conforti, *Le Nazioni Unite*, 5. éd., Padoue, 1996, p. 134ss; H. G. Schermers/N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3. éd., La Haye / Londres/Boston, 1999, p. 142ss; G. Nolte, «Article 2 (7)», dans: B. Simma (éd.), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, 2. éd., vol. I, Oxford, 2002, p. 148ss; G. Guillaume, «Article 2, § 7», dans: J. P. Cot/A. Pellet/M. Forteau (éds.), *La Charte des Nations Unies*, Commentaire, 3. éd., vol. I, Paris, 2005, p. 485ss. Voir aussi P. Mariotte, *Les limites actuelles de la compétence de la Société des Nations (Art. 15, §§ 7 et 8 du Pacte)*, Paris, 1926, p. 110ss; A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Vienne/Berlin, 1926, p. 168ss; A. Van Deth, *Etude sur l'interprétation du paragraphe 8 de l'article 15 du Pacte de la Société des Nations*, Amsterdam, 1928; S. Tachi, *La souveraineté et l'indépendance de l'Etat et les questions intérieures en droit international*, Paris, 1930; F. Ullmann, *Die ausschliessliche Zuständigkeit der Staaten nach dem Völkerrecht*, Bonn/Cologne/Berlin, 1933; E. Von Thadden, *Der vorbehaltene Betätigungsbereich der Staaten (domaine réservé): eine völkerrechtliche Untersuchung*, Göttingen, 1934; J. L. Brierly, «Matters of Domestic Jurisdiction», *BYIL*, vol. 6, 1925, p. 8ss; C. G. Fenwick, «The Scope of Domestic Questions in International Law», *AJIL*, vol. 19, 1925, p. 143ss; L. B. Schapiro, «Domestic Jurisdiction in the Covenant and the Charter», *Transactions of the Grotius Society*, vol. 33, 1947, p. 195ss; L. Gross, «The 'Domestic Jurisdiction' Limitation in the United Nations Charter», *Columbia Law Review*, vol. 47, 1947, p. 268ss; P. Vallindas, «The Concept 'Matters which are essentially within the Domestic Jurisdiction' Contained in Article 2, Section 7 of the United Nations Charter», *Revue hellénique de droit international*, vol. 1, 1948, p. 375-377; J. Nisot, «Article 2, Par. 7, of the United Nations Charter as Compared with Article 15, Par. 8, of the League of Nations Covenant», *AJIL*, vol. 43, 1949, p. 776ss; H. Wehberg, «Der nationale Zuständigkeitsbereich der Staaten nach der Satzung der Vereinten Nationen», *AVR*, vol. 2, 1950, p. 259ss; A. Verdross, «Die ausschliessliche Zuständigkeit der Staaten nach der Satzung der Vereinten Nationen», *Mélanges T. Perassi*, vol. II, Milan, 1957, p. 379ss; Cornell Law School (éd.), *The Status of Domestic Jurisdiction*, Ithaca (New York), 1962; G. J. Jones, *The United Nations and Domestic Jurisdiction of States*, Cardiff, 1979; B. Cheng, «La jurimétrie: sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence nationale», *JDI*, vol. 118, 1991, p. 579ss; M. H. Ansari, «Some reflection on the Concepts of Intervention, domestic jurisdiction and international obligation», *Indian Journal of International Law*, vol. 35, 1995, p. 197ss. Pour les passages contenus dans les cours généraux tenus à l'Académie de droit international de La Haye, cf. R. Kolb, *Les cours généraux de droit international public de l'Académie de La Haye*, Bruxelles, 2003, p. 36, 44, 71, 83, 85-86, 93, 105, 121, 135, 150, 174-175, 206, 207, 230-231, 250, 261-262, 284, 326-327, 396-397, 510, 768, 843ss, 1041, avec des renvois aux passages originaux. Les manuels de droit international contiennent presque tous une section dévolue au problème. Il est impossible d'en dresser une bibliographie ici. Pour l'exception du domaine réservé devant la CIJ, voir: G. Arangio-Ruiz, «The Plea of Domestic Jurisdiction before the International Court of Justice: Substance or Procedure?», *Mélanges R. Y. Jennings*, Cambridge, 1996, p. 440ss.

notion juridique, et si oui avec quelle portée exacte ? Voilà les questions qui nous retiendront. Dès lors, pour rester dans notre image, il ne s'agira pas de faire monter un soleil puissant qui dissipe toutes les brumes hivernales, mais d'allumer un feu afin de les assécher au moins localement.

Quel que soit le contenu du domaine réservé, une chose est certaine : la notion concerne la délimitation des compétences d'organisations internationales (surtout politiques³) ou d'organes internationaux (par exemple des tribunaux) par rapport à celles des Etats qui en sont membres ou qui sont soumis à leur action. Le domaine réservé est une *notion de relation entre les organismes internationaux et les Etats en matière de compétences*. Son but est de garantir aux Etats une certaine sphère d'action soustraite à la compétence des organismes internationaux.

On comprend, dès lors, que la notion ait connu ses premiers balbutiements lors de l'émergence de l'arbitrage moderne, au XIX^e siècle. Les Etats insérèrent dans les traités d'arbitrage, qu'ils conclurent en grand nombre, des exceptions à la compétence des arbitres. Ces exceptions concernaient les « intérêts vitaux », « l'honneur et la souveraineté de l'Etat », etc. ; en un mot, il s'agissait du « domaine réservé »⁴. Ainsi, la notion s'est fixée dès ses débuts dans le domaine du règlement des différends. Cette matière est traditionnellement le bastion le plus inexpugnable de la souveraineté nationale. Si un tiers est muni de compétences d'imposer un règlement concret, juridictionnel ou politique, à un sujet, celui-ci perd l'essence de son indépendance. La sensibilité des Etats à cet égard est encore plus grande à l'égard d'organes politiques qu'à l'égard d'organes juridictionnels, dont on peut après tout s'attendre qu'ils se bornent à appliquer le droit⁵. C'est donc tout naturellement que la notion de domaine réservé a été reprise et réglementée de manière plus visible lors de la création de l'Organisation politique mondiale⁶. Quand la Société des

3 - Les clauses de domaine réservé se trouvent dans divers statuts d'organisations internationales : cf. Schermers/Blokker (*supra*, note 2), p. 144-146 ; voir déjà Rajan (*supra*, note 2), p. 73-4 ; Verzijl (*supra*, note 2), p. 391.

4 - Sur ces anciennes clauses d'intérêts vitaux, etc. : H. Wehberg, « Restrictive Clauses in International Arbitration Treaties », *AJIL*, vol. 7, 1913, p. 301ss ; R. Wilson, « Reservation Clauses in Treaties of Obligatory Arbitration », *AJIL*, vol. 23, 1929, p. 68ss ; Mariotte (*supra*, note 2), p. 100ss. Leur lien avec le domaine réservé est souligné par l'unanimité de la doctrine : cf. par exemple Rajan (*supra*, note 2), p. 28-29 ; Scelle (*supra*, note 2), p. 386-387 ; Preuss (*supra*, note 2), p. 558-560 ; Ludovicy (*supra*, note 2), p. 175-176 ; Ermacora (*supra*, note 2), p. 379-380 ; Nolte (*supra*, note 2), p. 156 ; etc.

5 - C'est la raison pour laquelle H. Waldock, « General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 106, 1962-II, p. 176 estime que la clause manifeste sa vraie fonction uniquement devant les organes politiques. Le juge doit d'office tenir compte de l'absence d'une règle de droit international, obligeant un Etat à un comportement donné. Dès lors, si la matière relève de son domaine réservé parce qu'elle n'est pas régie par une norme du droit international, il doit débouter le demandeur. Le domaine réservé opère ici au fond. En revanche, un organe politique n'est pas limité à l'opération des règles de droit. Il pourrait imposer un devoir même si une règle de droit ne le commande pas. Ainsi, la réserve du domaine réservé devient décisive. On remarquera que cette conception repose sur une certaine vision du domaine réservé, celle que nous appellerons ci-après, dans le texte, la vision *ratione materiae*.

6 - Cf. Verdross, Compétence (*supra*, note 2), p. 315 ; Ermacora (*supra*, note 2), p. 379-380 ; A. Favre, *Principes du droit des gens*, Fribourg, 1974, p. 27-28.

Nations fut créée, ses auteurs lui attribuèrent en effet un grand nombre de pouvoirs dans le règlement des différends. C'est notamment la procédure politique du Conseil en vertu de l'article 15 qui était sensible⁷; et c'est bien dans cette disposition que la clause du domaine réservé trouva sa place. Dans la Charte des Nations Unies, elle fut en revanche transférée dans les principes régissant l'action de l'Organisation et des membres, à l'article 28. Ainsi, elle cessa de s'appliquer uniquement au règlement des différends et devint une limite générale pour tous les organes de l'Organisation dans n'importe quelle activité (sauf les mesures coercitives en vertu du Chapitre VII⁹).

C'est ce transfert qui a accentué les problèmes et qui constitue à notre sens le cœur des contradictions dans lesquelles la notion s'est depuis lors enfoncée. En tant que notion limitée au règlement des différends, le

7 - Voici le texte de l'article 15 du Pacte :

1. S'il s'élève entre les Membres de la Société un différend susceptible d'entraîner une rupture, et si ce différend n'est pas soumis à la procédure de l'arbitrage ou à un règlement judiciaire prévu à l'article 13, les Membres de la Société conviennent de le porter devant le Conseil. A cet effet, il suffit que l'un d'eux avise de ce différend le Secrétaire général, qui prend toutes dispositions en vue d'une enquête et d'un examen complets.

2. Dans le plus bref délai, les Parties doivent lui communiquer l'exposé de leur cause avec tous faits pertinents et pièces justificatives. Le Conseil peut en ordonner la publication immédiate.

3. Le Conseil s'efforce d'assurer le règlement du différend. S'il y réussit, il publie, dans la mesure qu'il juge utile, un exposé relatant les faits, les explications qu'ils comportent et les termes de ce règlement.

4. Si le différend n'a pu se régler, le Conseil rédige et publie un rapport, voté soit à l'unanimité, soit à la majorité des voix, pour faire connaître les circonstances du différend et les solutions qu'il recommande comme les plus équitables et les mieux appropriées en l'espèce.

5. Tout Membre de la Société représenté au Conseil peut également publier un exposé des faits du différend et ses propres conclusions.

6. Si le rapport du Conseil est accepté à l'unanimité, le vote des Représentants des Parties ne comptant pas dans le calcul de cette unanimité, les Membres de la Société s'engagent à ne recourir à la guerre contre aucune Partie qui se conforme aux conclusions du rapport.

7. Dans le cas où le Conseil ne réussit pas à faire accepter son rapport par tous ses Membres autres que les Représentants de toute Partie au différend, les Membres de la Société se réservent le droit d'agir comme ils le jugeront nécessaire pour le maintien du droit et de la justice.

8. Si l'une des Parties prétend et si le Conseil reconnaît que le différend porte sur une question que le droit international laisse à la compétence exclusive de cette Partie, le Conseil le constatera dans un rapport, mais sans recommander aucune solution.

9. Le Conseil peut, dans tous les cas prévus au présent article, porter le différend devant l'Assemblée. L'Assemblée devra de même être saisie du différend à la requête de l'une des Parties; cette requête devra être présentée dans les quatorze jours à dater du moment où le différend est porté devant le Conseil.

10. Dans toute affaire soumise à l'Assemblée, les dispositions du présent article et de l'article 12, relatives à l'action et aux pouvoirs du Conseil, s'appliquent également à l'action et aux pouvoirs de l'Assemblée. Il est entendu qu'un rapport fait par l'Assemblée avec l'approbation des Représentants des Membres de la Société représentés au Conseil et d'une majorité des autres Membres de la Société, à l'exclusion, dans chaque cas, des Représentants des Parties, a le même effet qu'un rapport du Conseil adopté à l'unanimité de ses Membres autres que les Représentants des Parties.

8 - Sur les travaux préparatoires de la Charte: Rajan (*supra*, note 2), p. 42ss; Preuss (*supra*, note 2), p. 570ss; Berthoud (*supra*, note 2), p. 18ss, 22ss; Wehberg (*supra*, note 2), p. 266ss; Ludovicy (*supra*, note 2), p. 179ss; etc.

9 - Sur cette exception, cf. entre autres Rajan (*supra*, note 2), p. 123ss; Kopelmanas (*supra*, note 2), 228ss; Ludovicy (*supra*, note 2), p. 187-188; Ross, Notion (*supra*, note 2), p. 299; Kelsen (*supra*, note 2), p. 786ss; Nolte (*supra*, note 2), p. 168-170; Guillaume (*supra*, note 2), p. 505-507; Conforti (*supra*, note 2), p. 150-153; etc.

domaine réservé, malgré d'énormes difficultés de construction (car rien n'est plus mouvant que le domaine des règles internationales par rapport à celles internes), avait un sens juridiquement déterminable. En tant que notion générale opposée à toutes les activités de tous les organes, elle perd tout contour et entre en conflit direct avec les compétences attribuées à l'organisation. Combien d'auteurs ne constatent-ils pas la tension, voire la contradiction, entre l'article 2, § 7, et les compétences attribuées dans diverses dispositions de la Charte aux organes des Nations Unies : par exemple l'article 10, pour ce qui est de l'Assemblée, ou les articles 55 et 56 pour ce qui est du Conseil économique et social ? La Charte ne semble-t-elle pas vouloir reprendre d'une main ce qu'elle donne de l'autre¹⁰ ?

Nous avons constaté plus haut que la notion du domaine réservé est *relationnelle*. Elle concerne la délimitation des compétences entre le niveau international et le niveau étatique. Elle participe ainsi de la tension fondamentale qui anime tout le droit des organisations internationales : la recherche d'un équilibre entre les forces centrifuges (souveraineté des Etats membres) et les forces centripètes (pouvoirs des organisations internationales afin de mener à bien leurs tâches d'intérêt collectif). C'est dire aussi que la notion de domaine réservé peut et *doit* être abordée par les deux bouts de la relation, par les deux extrémités du rapport qu'elle propose à l'attention critique, l'Etat et l'Organisation. A la bilatéralité du rapport doit correspondre une dualité d'analyse. L'unilatéralité de l'approche ne peut qu'éborgner le problème et ses solutions. Pour paraphraser une image célèbre de Pascal : « La flamme ne subsiste point sans l'air ; donc, pour connaître l'un, il faut connaître l'autre »¹¹.

Il faut par conséquent éclairer le domaine réservé en partant de l'Etat, de sa souveraineté, du domaine qu'il estime devoir garder pour lui ; mais il faut l'éclairer aussi en partant de l'Organisation, des compétences qui lui sont attribuées pour exercer ses fonctions et réaliser ses finalités. Il est notable que le domaine réservé n'ait jusqu'ici guère été abordé que dans la première des perspectives. Les Etats étant les maîtres du jeu international, cela peut se comprendre. Mais comme on n'érige pas de doctrine du droit stable en partant de l'anarchie des volontés, il n'était pas possible non plus d'arriver à des résultats fermes en partant exclusivement de l'idée de liberté étatique et des contraintes qu'elles impose à l'organisation. Il faut aussi voir l'envers de la médaille, à savoir l'attribution de compétences à l'Organisation de la part des Etats membres, qui exerçant

10 - Kelsen (*supra*, note 2), p. 773 le formule de manière pointue : « It is hardly possible to fulfil these functions [ex article 55 and 62 of the Charter] without intervening in matters of domestic jurisdiction ».

11 - Pascal, *Oeuvres complètes*, Paris, 1969, p. 1100, texte établi et annoté par Jacques Chevalier.

par cela leur souveraineté. Non pas que le domaine réservé abordé unilatéralement, *sub specie singulis communis*, ne pouvait pas livrer de résultats intéressants. Simplement, ces résultats ne pouvaient pas être complets.

Il est proposé dans cet article de compléter cette analyse par l'autre bout du problème, si injustement négligé par la doctrine. On abordera donc l'analyse du domaine réservé sous l'angle des *compétences des organisations internationales*. C'est d'autant plus justifié que le cœur du problème réside bien ici. En effet, l'équation fondamentale est la suivante : ou bien une organisation possède une compétence et alors le domaine réservé ne peut pas lui enlever cette compétence sous peine d'une contradiction insoutenable¹² ; ou alors l'organisation ne possède pas une compétence et alors le domaine réservé est superfétatoire. Cette équation est évidemment trop simple, mais, comme on le verra, au regard du principe de spécialité des compétences des organismes internationaux, elle est fondamentalement pertinente.

Avant d'en venir à l'élaboration de notre théorie, il est de mise de présenter brièvement les conceptions du domaine réservé jusqu'ici défendues par la doctrine.

I. LES CONSTRUCTIONS DOCTRINALES DU DOMAINE RESERVE

Qu'est-ce que donc le domaine réservé ou la compétence nationale exclusive (voir «essentielle», selon la terminologie de l'article 2 § 7 de la Charte)? Le Dictionnaire du droit international, imprégné de la tradition française, définit cette notion comme suit : «Domaine d'activités dans lequel l'Etat, n'étant pas lié par le droit international, jouit d'une compétence totalement discrétionnaire et, en conséquence, ne doit subir aucune immixtion de la part des autres Etats ou des organisations internationales»¹³. Cette définition correspond *grosso modo* à celle donné par l'écrasante majorité des internationalistes.

12 - Une entité ne peut pas avoir et ne pas avoir en même temps une compétence. Certes une compétence peut exister généralement tout en devant être déterminée concrètement. Mais la substance est toujours qu'une fois déterminée, la compétence existe ou n'existe pas. Le domaine réservé peut-il intervenir pour préciser cette compétence concrète ? Sur cette question, voir *infra*, II.

13 - J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 356. La doctrine française établit souvent le lien entre le domaine réservé et les compétences discrétionnaires : cf. par exemple G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, 1948, p. 108 ; L. Cavaré, *Le droit international public positif*, 3. éd., vol. I, Paris, 1973, p. 194ss ; C. Rousseau, *Droit international public*, vol. II, Paris, 1974, p. 86ss. L'Institut de droit international a adopté une résolution allant dans le même sens en 1954, suite à un rapport de C. Rousseau : cf. IDI, *Tableau général des Résolutions (1873-1956)*, Bâle, 1957, p. 3, article 1 : «Le domaine réservé est celui des activités étatiques où la compétence de l'Etat n'est pas liée par le droit international».

A bien regarder, il existe trois conceptions fondamentales du domaine réservé. Chacune d'entre elles se décompose en un faisceau de théories plus spéciales. C'est un peu comme si une surface d'eau brisait le rayon de lumière unitaire qui vient la toucher pour en réfléchir, multipliées et irisées, de multiples virtualités parfois insoupçonnées. La première conception est *ratione materiae*; la deuxième est *ratione personae*; la dernière nie l'existence ou la pertinence juridique du concept. Considérons tour à tour ces trois conceptions.

1. La vision *ratione materiae*

Telle est la manière de voir absolument dominante. Elle a été développée lors de l'époque de la Société des Nations et s'est maintenue depuis dans d'innombrables prises de position. Selon cette conception, le critère pour déterminer le domaine réservé des Etats est matériel. Divers critères ont été retenus.

A) Le critère du droit international

a) La conception classique

Le critère de détermination qui a le plus de crédit est celui du *droit international*. La théorie du domaine réservé qui en est issue peut être appelée une théorie «juridique et relative». Quelle est sa teneur principale? Selon cette manière de voir, *tout ce qui est réglementé par le droit international (pour imposer des devoirs aux Etats) cesse de faire partie du domaine réservé*. La règle juridique internationale tue la liberté étatique. Ainsi, le domaine réservé serait l'ensemble des compétences qui restent à l'Etat parce que le droit international ne les réglemente pas, parce que le droit international ne les soumet à une discipline commune¹⁴. Voici une formulation classique: «Dans un sens général, on peut entendre par

14 - C'est l'opinion absolument dominante: cf. Rajan (*supra*, note 2), p. 75-77; Tachi (*supra*, note 2), p. 72-75; Ullmann (*supra*, note 2), p. 50, 61-62, 83, 86ss; Politis (*supra*, note 2), p. 47-48; Kopelmanas (*supra*, note 2), p. 213-214; Kelsen (*supra*, note 2), p. 771; Sperduti (*supra*, note 2), p. 15; Brierly (*supra*, note 2), p. 9-10; Fenwick (*supra*, note 2), p. 144; Rousseau (*supra*, note 2), p. 157, 162; Wehberg (*supra*, note 2), p. 289ss; Cheng (*supra*, note 2), p. 596; D'Amato (*supra*, note 2), p. 1095; Nolte (*supra*, note 2), p. 157; etc. Voir aussi: Nguyen Quoc Dinh/P. Dailler/A. Pellet, *Droit international public*, 6. éd., Paris, 1999, p. 437; I. Brownlie, *Principles of International Law*, 5. éd., Oxford, 1998, p. 293 (qui ajoute que ce principe est dès lors largement tautologique); P. M. Dupuy, *Droit international public*, 4. éd., Paris, 1998, p. 61-62; W. Graf Vitzthum (e.a.), *Völkerrecht*, Berlin/New York, 1997, p. 360; A. Tommasi di Vignano, *L'ordinamento della Comunità internazionale*, Palermo, 1988, p. 376; A. Favre, *Principes du droit des gens*, Fribourg, 1974, p. 28; R. Monaco, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2. éd., Turin, 1971, p. 345; D. W. Greig, *International Law*, Londres, 1970, p. 314-315, 320-321; H. Kelsen/R. W. Tucker, *Principles of International Law*, 2. éd., New York e.a., 1966, p. 290-291; W. Wengler, *Völkerrecht*, vol. I, Berlin/Göttingen/Heidelberg, 1964, p. 913; A. P. Sereni, *Diritto internazionale*, vol. II, Milan, 1958, p. 758-759; G. Schwarzenberger, *International Law - As Applied by International Courts and Tribunals*, 3. éd., vol. I, Londres, 1957, p. 116; J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 4. éd., Oxford, 1949, p. 74-76; etc. Pour une discussion approfondie de cette manière de voir, cf. Arangio-Ruiz, *Domaine (supra*, note 2), p. 498ss.

domaine réservé à la compétence exclusive de l'Etat la somme des matières qui ne sont pas régies par le droit international»¹⁵. D'où une logique de soustraction : « [Le domaine réservé] is the sum total of national interests minus the interests governed by international law »¹⁶. L'essentiel est donc de déterminer si une règle du droit international impose un devoir à un Etat. Si c'est le cas, cette matière ne fait plus partie du domaine réservé. Cette règle du droit international peut être coutumière, conventionnelle ou issue d'autres sources, comme les principes généraux de droit.

De cette manière, on assure un résultat politico-juridique voulu. En effet, on donne la primauté au droit international sur le droit interne ; on réduit à la discipline les orientations auparavant non maîtrisées du souverainisme. On affirme que le droit international est l'ordre juridique qui opère la détermination des domaines de validité de la sphère internationale et interne. Dès lors, c'est le droit international qui en définitive attribue les compétences. Le droit international devient la source suprême des compétences de l'Etat. A son tour, certes, le droit international est créé par le concours des Etats. On obtient ainsi une imbrication intime entre le supérieur et l'inférieur, entre le donné et le créé.

Cette construction emporte immédiatement le constat d'une *relativité multiple* du domaine réservé¹⁷. D'abord, celui-ci varie dans le temps : plus le droit international se développe, plus de matières il règle, et moins de questions restent dans la catégorie résiduelle de la compétence exclusive étatique. Il y a relativité aussi quant aux divers Etats en cause. Si le droit coutumier universel est relativement uniformément applicable à tous les Etats (sauf dérogation par accord ou objection persistante), tel n'est pas le cas du droit international particulier. La coutume locale ne lie que quelques Etats ; les traités ne lient que les parties. Dès lors, certaines questions ne sont extraites du domaine réservé que pour les Etats liés par des conventions ou d'autres normes particulières, mais pas pour ceux qui ne se sont pas conventionnellement engagés ou qui ne sont pas liés par ces autres normes particulières. A la variabilité *ratione temporis* s'ajoute ainsi la variabilité *ratione personae*. L'unité du système tient dans le critère formel de détermination : c'est le droit international, général ou particulier, qui fait loi et qui fait foi.

15 - Favre, *op. cit.*, p. 28.

16 - Fenwick (*supra*, note 2), p. 144.

17 - Cf. Rajan (*supra*, note 2), p. 78-80 ; Ullmann (*supra*, note 2), p. 95-97 ; Ross, Proviso (*supra*, note 2), n. 563 ; D'Amato (*supra*, note 2), p. 1090-1091 ; Conforti (*supra*, note 2), p. 137 ; etc.

Le domaine réservé tend dans cette conception à n'être déterminé que formellement et non matériellement. La notion de domaine réservé correspond à une forme, à un *critère de délimitation des compétences*. Il ne s'agit pas d'un domaine de normes matérielles estampillées une fois pour toutes comme relevant d'une catégorie ou d'une autre. Le critère de distinction est quant à lui matériel. C'est l'ensemble des normes du droit international. Le droit international est ici à la fois critère abstrait d'évaluation et aussi réservoir de normes matérielles, actives dans la définition de la part du domaine international et du domaine interne à un moment donné de l'histoire. Le droit international est un critère formel et une clé matérielle à la fois. Belle imbrication entre la forme et le fond ! Elle accentue la richesse et la complexité de la notion.

Quelques auteurs ont varié et enrichi cette doctrine de base, tout en retenant comme étant ferme le critère *ratione materiae*.

b) Le domaine réservé par nature

La conception la plus ancienne est celle selon laquelle il existerait un domaine réservé par nature. Cette conception était liée aux anciennes clauses d'arbitrage concernant les intérêts vitaux des Etats¹⁸. Elle n'est plus guère défendue aujourd'hui dans une version pure¹⁹, mais on trouve encore quelques auteurs qui s'en sont peu ou prou inspirés tout au long du XX^e siècle²⁰. C'est d'ailleurs la doctrine socialiste, extrêmement souverainiste, qui la défendit avec le plus d'insistance²¹. Il s'agit de matières si intimement liées à la vie et l'organisation de l'Etat que celui-ci doit par définition rester libre dans leur règlement. On affirme ainsi que le droit international doit rester à l'écart du règlement de telles matières ; on ajoute qu'il ne peut faire autrement que d'en rester à l'écart. Un peu comme le noyau dur des libertés fondamentales au sein de l'Etat, il faudrait préserver pour les collectivités un minimum de liberté d'action incompressible. Il s'agit surtout du choix du système constitutionnel, économique et social des différents Etats. Le domaine réservé par nature est donc défini lui aussi *ratione materiae*.

18 - Voir *supra*. Voir d'ailleurs la critique de ce domaine réservé des intérêts vitaux dans H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 3ss, 26ss.

19 - Au contraire, elle est généralement répudiée : cf. Kelsen (*supra*, note 2), p. 771 ; Preuss (*supra*, note 2), p. 568 ; H. Kelsen/R. W. Tucker, *Principles of International Law*, 2. éd., New York e.a., 1966, p. 290-291 ; Bindschedler (*supra*, note 2), p. 393 ; G. G. Fitzmaurice, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », *RCADI*, vol. 92, 1957-II, p. 59ss.

20 - Voir par exemple G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 8. éd., Milan, 1962, p. 574, de manière pas très pointue.

21 - Cf. Ouchakov (*supra*, note 2), p. 46ss.

c) *La conception bipartite de Alfred Verdross*

Une variante de cette conception est défendue par Verdross²² et par quelques autres auteurs, souvent à sa suite²³. Verdross estime qu'il y a des matières situées en principe dans le domaine international. Celles-ci se décomposent en matières déjà réglées par le droit international et en matières non encore réglées, mais qui peuvent (et peut-être devraient) être régies par lui dès qu'il aura atteint un stade de maturation plus avancé. De l'autre côté, il y aurait des matières demeurant par principe dans le domaine réservé et que le droit international ne doit pas régler, bien qu'il puisse techniquement les régler. Verdross dit en effet qu'il ne saurait y avoir de vrai domaine réservé par nature : toute question peut être réglée par le droit international. Il cite à cet effet l'article 8 du Traité d'Etat autrichien (1955) qui oblige l'Autriche à garantir sur son territoire un régime démocratique.

En quoi cette conception s'approche-t-elle de celle du domaine réservé par nature ? C'est que pour Verdross le droit international ne devrait pas complètement supprimer l'autonomie constitutionnelle des Etats, c'est-à-dire l'organisation constitutionnelle, le régime politique, l'organisation politique et économique, etc. En effet, le droit international n'existe que comme droit basé sur des Etats souverains et indépendants. Vient-il à supprimer complètement l'autonomie constitutionnelle des Etats qu'il saperait sa base d'existence. On serait alors arrivé au stade de l'Etat mondial, fût-il décentralisé ; on se trouverait dans le cadre d'un super-Etat. Toutefois, Verdross – il faut insister sur ce point – n'affirme pas que ces matières ne puissent pas faire l'objet de règlements par le droit international et être extraites du domaine réservé. Il accepte complètement la logique du domaine réservé fondé sur le critère du droit international et dominé par le principe de relativité. Verdross ne dit pas non plus que l'avènement de l'Etat mondial est impossible ou qu'il faut y résister en maintenant le domaine réservé. Il dit simplement que synthétiquement l'autonomie des Etats ne saurait être attaquée au-delà d'un certain « total » tant que l'on reste dans un système internationaliste, basé sur l'existence d'Etat souverains. Ce n'est là qu'un constat général qui n'emporte aucune conséquence pour des matières ou des normes déterminées. Le critère dominant reste bien l'existence de réglementation ou l'absence de réglementation en droit international.

22 - Cf. Verdross, Compétence (*supra*, note 2), p. 319 ; Verdross, Plea (*supra*, note 2), p. 36 ; Verdross, Ausschliessliche (*supra*, note 2), p. 382.383. Voir aussi A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. éd., Berlin, 1984, p. 164.

23 - Cf. Verzijl (*supra*, note 2), p. 398 ; Ludovicy (*supra*, note 2), p. 182-183. Voir déjà L. Le Fur, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 54, 1935, p. 291-292.

Pourquoi notre rapprochement de cette doctrine du domaine réservé par nature ? Simplement parce que Verdross tente de maintenir un résidu de compétence nationale en dehors des réglementations du droit international, *inter fauces singulorum collectivitates* pour ainsi dire. C'est donc une doctrine de « domaine réservé par nature » partielle et modérée, mise à jour, mâtinée des conceptions modernes sur la primauté du droit international comme critère et sur la relativité de la délimitation entre les sphères de compétence internationale et interne.

d) La distinction entre lacunes du droit international et matières laissées à la compétence exclusive des Etats

Une autre doctrine se situe entièrement à l'intérieur du critère du droit international, mais tente d'aiguiser l'analyse des sphères de compétence respectives. Elle refuse de parler sans nuance de matières « non réglées par le droit international » comme si elles tombaient toutes dans le domaine réservé. Le domaine réservé n'est pas la somme des insuffisances du droit international ! Entre le domaine réservé et la lacune il y a une différence. Jan Verzijl²⁴ a donné une expression classique à cette manière de voir. Selon lui, il faut distinguer deux sphères d'activités. La première sphère est *négative* : elle couvre toutes les matières qui ne sont pas (encore) réglées par le droit international positif mais qui aspirent à l'être. C'est là le domaine des lacunes du droit international ; elles peuvent, et doivent, le cas échéant, être comblées. En second lieu, il y a une sphère *positive* : elle couvre l'ensemble des domaines que le droit international ne veut pas régler parce qu'il veut y garantir la liberté des Etats *uti singuli*. C'est le domaine que le droit international désigne activement à la liberté étatique, parce que, en ayant pesé les intérêts en cause et les effets globaux d'une activité sur la société internationale, il estime qu'il s'agit d'une liberté individuelle légitime. C'est là le domaine réservé des Etats à proprement parler.

Ainsi, le domaine réservé se restreint et se précise. Il ne suffit pas de constater une lacune du droit international pour l'affirmer ; il faut au contraire montrer que la liberté est positivement conférée. Le domaine réservé n'est pas identique à la règle de liberté résiduelle selon laquelle tout ce qui n'est pas (expressément) interdit est permis. La preuve de liberté positivement conférée plutôt que négativement inférée peut être difficile à apporter. Tout dépend ici d'une interprétation contextuelle. En tout cas, on ne saurait mettre en doute le bien-fondé de principe de cette distinction.

24 - Verzijl (*supra*, note 2), p. 392. Cette position a déjà auparavant été défendue : cf. Tachi (*supra*, note 2), p. 60-61, 85 ; Preuss (*supra*, note 2), p. 568 ; M. Bourquin, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 35, 1931-I, p. 150-151 ; L. Le Fur, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 54, 1935, p. 291 ; F. A. Von der Heyde, *Völkerrecht*, vol. I, Cologne, 1958, p. 102.

B) Les critères extra-juridiques

Divers auteurs ont estimé que d'autres critères que le droit international peuvent opérer comme base active pour refouler le domaine réservé étatique. Il suffira ici de les passer rapidement en revue sans les approfondir.

a) Les critères politiques

Il y a d'abord les auteurs qui s'en tiennent à un critère assez largement politique. Ainsi, toute une série d'auteurs affirment que la pratique montre que le critère utilisé devant les organes politiques, notamment aux Nations Unies, est celui de « *l'international concern* » qu'une question soulève²⁵. L'organe saisi se pose la question de savoir si les répercussions internationales d'une question sont telles de justifier une action sur le plan international. Y a-t-il un danger pour les bonnes relations entre les États ? Est-on en présence d'une question qui entre dans la sphère des préoccupations de la communauté internationale ou des Nations Unies en particulier ? Des intérêts transfrontaliers sont-ils mis en cause ? Si c'est le cas, l'action internationale au sein des Nations Unies est entreprise et l'exception du domaine réservé est rejetée. Il va de soi qu'une telle conception ne vaut pas pour un organe juridictionnel. Ce dernier ne peut trancher le point qui lui est soumis sur une autre base que le droit international. Le domaine réservé (plus précisément : le critère du domaine réservé) se distingue ainsi selon la nature de l'organe appelé à trancher un point donné.

Leo Gross se rapproche considérablement de cette conception. Il affirme que le domaine réservé repose en définitive sur l'imposition de la volonté politique de la communauté internationale ou, en termes plus politiques : de la volonté politique de la majorité internationale. Dès lors, sa sphère se définit sur la base de considérations sociologiques et politiques. Et l'auteur de conclure : « If it is desirable and feasible for the international group to impress its will on the individual nations in any matter, then that matter will not be within the scope of the clause [of domestic jurisdiction]. Only those matters are of domestic jurisdiction which international society does not desire to govern or has not the strength to govern »²⁶. *Voluntas civitatis maximae est servanda* ! Il va de soi que cette vision s'ouvre au subjectivisme politique.

25 - Cf. Preuss (*supra*, note 2), p. 627ss ; N. Bentwich, « The Limits of the Domestic Jurisdiction of the State », *Transactions of the Grotius Society*, 1945, p. 59ss ; Berthoud (*supra*, note 2), p. 102 ; Higgins (*supra*, note 2), p. 58ss ; Ross, *Notion* (*supra*, note 2), p. 291-293 ; Cançado Trindade (*supra*, note 2), p. 761-762 ; Nolte (*supra*, note 2), p. 160 ; A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3. éd., Berlin, 1984, p. 162-163.

26 - Gross (*supra*, note 2), p. 278.

b) *Le soft law*

D'autres auteurs ont affirmé que le *soft law* refoule le domaine réservé. Dès lors, il n'est pas nécessaire de faire référence à une norme de droit international dur afin de pouvoir écarter le domaine réservé. Une norme de droit vert ou de droit mou suffit, précisément parce qu'elle exprime un *international concern* et internationalise la matière. L'un des effets juridiques corollaires du droit vert serait dès lors celui de faire écran à l'exception du domaine réservé²⁷.

Giuseppe Sperduti²⁸ a donné des développements théoriques approfondis à cette question. Suivant cet auteur, la base d'évaluation pour conclure à une compétence internationale ou à une liberté étatique doit être plus large que le seul droit international positif, en tout cas pour ce qui est des organes politiques. Il faut à chaque fois, selon lui, évaluer les effets que produit l'exercice d'une liberté étatique dans le domaine des relations internationales. L'acceptation de l'exception du domaine réservé suppose un jugement négatif sur l'existence d'intérêts pertinents d'autres Etats ou de la communauté internationale, opposés à ceux de l'Etat en cause. S'il n'y a pas d'*international concern*, l'Etat reste libre. Dans cette optique, tout principe d'éthique sociale internationale, positivement reconnu comme base d'action pour l'Organisation, refoule le domaine réservé. C'est donc dire que le domaine réservé est repoussé tant par les normes de droit international positif que par des normes de morale sociale internationale. Quelles sont selon Sperduti de telles normes morales internationales? Il fait état, à titre d'exemple, des dispositions sur les droits de l'homme contenues dans la Charte des Nations Unies. Il estime que ces normes ne statuent pas à la charge des Etats membres des devoirs juridiques positifs. Il ne s'agirait que de normes-programme, trop vagues pour contenir des obligations subjectives. En revanche, suivant sa manière de voir, il ne fait pas de doute que la Charte a statué à travers ces normes – par exemple les articles 1, 13, 55 et 56, etc. – des devoirs moraux en matière de droits de l'homme. Cela suffit pour établir la compétence des Nations Unies et à refouler le domaine réservé. Comme l'on voit, on en revient en définitive, sous réserve d'un vocabulaire un peu différent, à l'idée que les normes de *soft law* suffisent pour pouvoir écarter le domaine réservé.

27 - Cf. par exemple Nguyen Quoc Dinh/P. Dailler/A. Pellet, *Droit international public*, 6 éd., Paris, 1999, p. 388. F. B. Sloan, « General Assembly Resolutions Revisited (Forty Years Later) », *BYIL*, vol. 58, 1987, p. 124.

28 - Sperduti (*supra*, note 2), p. 53-58. *Contra*, par exemple Conforti (*supra*, note 2), p. 141, qui maintient la pertinence exclusive du critère du droit international positif.

Dans tous ces cas, formant le corps de la conception *ratione materiae* du domaine réservé, ce dernier est le revers, le *résidu négatif*, d'un critère matériel formulé de manière positive. Il est la somme qui reste après avoir soustrait les obligations du droit international, de morale internationale ou de *soft law*, de *matters of international concern*, de matières internes par nature, etc. Le domaine réservé est ainsi une essence purement négative. Il est une sorte d'anti-matière du droit, du *soft law* international, ou des autres notions mentionnées. Pour reprendre une image du Moyen Age, on pourrait le comparer à la lune. Elle ne reçoit sa lumière, qui la rend visible, que du soleil, dont elle reste le vicaire entièrement soumis et dépendant. Le critère matériel de délimitation fait référence et représente bien l'aspect dominant de ces conceptions.

2. La vision *ratione personae*

Une théorie alternative d'une grande puissance de pensée a été développée par Gaetano Arangio-Ruiz dans son cours général tenu à l'Académie de droit international de La Haye en 1984, et dévolu entièrement à l'analyse de la notion de domaine réservé²⁹.

L'éminent internationaliste italien part de l'affirmation que les conceptions *ratione materiae* du domaine réservé ne font pas de sens. Pourquoi ? Il faut distinguer entre les organes politiques et les organes juridictionnels. Devant un organe politique (différends ou objets politiques)³⁰, il serait inadéquat de vouloir limiter la sphère d'action dudit organe au droit international ou au critère du droit international. Les fonctions de ces organes politiques sont de chercher des accommodations à des différends, de traiter de situations d'intérêt international, de contribuer au développement du droit. Ces questions sont situées hors du droit. Limiter l'action de ces organes par les règles de droit international équivaldrait à rendre impossible toutes ces actions politiques car, non réglées par le droit, elles resteraient dans le domaine réservé des membres. En définitive, ce serait tenter de transformer ces organes politiques en organes juridictionnels, ce qui est un non sens. La pratique des Nations Unies montrerait clairement que cette conception n'est pas soutenable. En effet, les organes politiques se sont à chaque fois inspirés de critères plus larges que le droit international. On notera que cette conception ne s'attaque qu'à la vision qui retient le critère du droit international, pas à celle qui a recours à des critères politiques.

29 - G. Arangio-Ruiz, «Le domaine réservé - L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne», *RCADI*, vol. 225, 1990-VI, p. 9ss.

20 Ibid. p. 65ss

Qu'en est-il pour les organes juridictionnels (différents juridiques)³¹ ? Ici, Arangio-Ruiz reprend une critique ancienne, formulée maintes fois déjà par Kelsen³². L'exception du domaine réservé est ici aussi dépourvue de sens. En l'absence de règle juridique qui contraindrait un Etat à faire ou à ne pas faire une action déterminée, la partie adverse n'est pas fondée en droit à exiger cette action ou omission. L'Etat reste libre d'agir comme il l'entend. Or, ce constat équivaut à un rejet de la requête sur le fond. Le domaine réservé signifie ni plus ni moins qu'une demande n'est pas fondée en droit : le différend est ainsi tranché matériellement. Il n'y a donc pas de place pour une doctrine du domaine réservé comme exception à la compétence. La théorie du domaine réservée est donc inutile. Et en tant que prétendue exception de compétence, elle est fallacieuse.

Si la conception traditionnelle n'est pas soutenable, comment faut-il donc configurer le domaine réservé ? En substance, le Professeur Arangio-Ruiz affirme que l'objet de la clause du domaine réservé est de protéger les Etats contre des *actions supranationales* de la part des organisations internationales. Celles-ci n'auraient pas le droit d'écarter l'écran qui sépare l'Etat de la société internationale. L'organisation ne peut pas décider de manière concrète et avec des effets juridiques immédiats de la manière dont l'Etat accomplit ses tâches sur son territoire, par exemple envers ses ressortissants. Ce n'est pas que les organes internationaux ne puissent pas donner des injonctions concrètes aux Etats. C'est plutôt que ces injonctions doivent être données au Gouvernement de l'Etat, qui demeure exclusivement compétent de la manière dont elles seront mises en œuvre sur son territoire. Voici comment s'exprime l'illustre internationaliste italien :

«[L]a compétence nationale (*domestic jurisdiction*) consiste en la sphère des relations d'ordre interindividuel-national dans laquelle, [...], les organes internationaux sont censés ne pas pénétrer en s'interposant de façon directe entre l'Etat, d'une part, et ses sujets ou fonctionnaires, d'autre part. La raison d'être des réserves de la compétence nationale est en effet de préserver de toute immixtion étrangère directe – d'un organe international ou des autres Etats – l'exclusivité du pouvoir de chaque Etat dans la sphère interindividuelle relevant de l'Etat donné. Ainsi définies, les réserves de la *domestic jurisdiction*, de même que toute règle équivalente du droit international non écrit, marquent la distinction et la séparation des relations internationales proprement dites et des règles qui dans une mesure les conditionnent, par rapport aux relations d'ordre interindividuel-national relevant des ordres juridiques des différents Etats »³³.

31 - *Ibid.*, p. 69ss.

32 - Cf. Kelsen (*supra*, note 2), p. 771. Voir déjà H. Kelsen, «Théorie générale du droit international public», *RCADI*, vol. 42, 1932-IV, p. 305. Voir aussi Verdross, *Verfassung* (*supra*, note 2), p. 175.

33 - Arangio-Ruiz (*supra*, note 2), p. 391.

Le domaine réservé est ainsi réduit considérablement dans sa portée. Aucune matière n'échappe à la compétence internationale. Les organes internationaux peuvent se saisir de toute question entrant dans le champ de leur compétence. Ce qu'ils ne peuvent pas, c'est décider avec effet juridique supranational en faisant sauter l'écran de souveraineté constitué par la responsabilité exclusive du Gouvernement local pour toute action publique sur le territoire étatique. Le domaine réservé est ainsi reconstruit *ratione personae*. C'est envers les individus, sujets du droit interne, que les organes internationaux ne peuvent pas exercer des compétences directes. Le critère *ratione materiae* cède ainsi le pas au critère *ratione personae*.

La théorie du Professeur Arangio-Ruiz n'a pas été généralement approuvée par la doctrine. On a affirmé à son encontre que les organisations internationales ne possèdent pratiquement jamais de tels pouvoirs supranationaux, si bien qu'un domaine réservé ainsi défini se réduit à trop peu de chose³⁴. De plus, il ne faudrait pas exclure que les organisations acquièrent de tels pouvoirs supranationaux dans certains contextes, éventuellement avec le consentement des Etats territoriaux. Il est notable que ces dernières années – soit avec le consentement des Etats territoriaux, soit à travers le Chapitre VII de la Charte – les Nations Unies ont progressivement amplifié le domaine de leurs actions sur le territoire d'Etat membres. Ils l'ont fait parfois en substitution partielle ou complète du gouvernement local, qui était défaillant. On peut citer à cet effet les expériences des administrations civiles internationales transitoires au Kosovo ou au Timor Oriental³⁵, tout comme on peut rappeler les diverses et multiples activités dans le domaine de la consolidation de la paix³⁶. Certes, pour autant qu'il y ait consentement ou action dans le cadre du Chapitre VII, l'exception du domaine réservé ne s'applique pas en droit³⁷. Mais ces évolutions montrent en tout cas que des organisations internationales peuvent acquérir des compétences supranationales, même si cela demeure exceptionnel. En définitive, la question tourne autour de l'existence d'une compétence au sein d'une organisation pour qu'elle puisse entreprendre une telle action. Cette compétence résultera d'un traité ou d'une coutume institutionnelle internationale, donc d'une source de droit international. On revient ainsi quelque part vers le critère *ratione materiae*.

34 - Cf. Conforti (*supra*, note 2), p. 141; Nolte (*supra*, note 2), 171.

35 - Cf. R. Kolb/G. Porretto/S. Vité, *L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales, Forces de paix et administrations civiles transitoires*, Bruxelles, 2005, avec de nombreux renvois.

36 - Cf. P. Dailier, « Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix », *RCADI*, vol. 314, 2005, p. 233ss.

37 - Cf. Nolte (*supra*, note 2), n. 166.

3. La négation du domaine réservé

Les auteurs qui nient l'existence d'un domaine réservé comme notion juridique peuvent être classés en plusieurs catégories. Il y a d'abord ceux qui se placent sur le terrain *de lege lata*; il y a aussi ceux qui se placent sur le terrain *de lege ferenda*. Seuls les premiers retiendront notre attention ici. Il est manifeste que tel ou tel auteur puisse appeler à l'abolition du domaine réservé³⁸ en postulant, pour l'avenir, une omni-compétence des organes internationaux. Ce faisant, il admet implicitement que l'état du droit international en vigueur n'en est pas à ce stade et que le domaine réservé n'appartient pas encore au domaine de l'histoire du droit. Comme cette étude se concentre sur le droit positif, on peut donc négliger cette orientation axée sur la modification du droit. Il nous reste alors à aborder ceux qui nient le domaine réservé dans le droit international en vigueur. On peut faire état de trois types d'orientation critique. La première est de type théorique; la seconde est de type technique; la troisième est de type pratique.

a) La négation théorique

On assiste à une négation théorique du domaine réservé de grande envergure chez Georges Scelle³⁹. Cette négation repose sur le rejet du concept de souveraineté. On sait que G. Scelle, tout comme son mentor Léon Duguit, a mené une véritable croisade contre certains concepts abstraits du droit, qu'il percevait comme des voiles masquant la réalité. Le concept de souveraineté en fut un. Il donne à penser que l'Etat est libre d'agir comme bon lui semble, alors qu'en réalité l'Etat fait partie de la société internationale (et n'est lui-même qu'une seule des innombrables sociétés internationales qui se forment par des interactions spontanées au-delà des frontières des Etats). Or, dans toute société les droits de chacun sont limités par ceux des autres. Jamais ne peut-il y avoir liberté exclusive de faire ou de ne pas faire sans tenir compte de la liberté égale des

38 - Un auteur qu'on peut citer ici est Politis (*supra*, note 2), 43ss, 56ss. Politis ne se fait pas faute d'indiquer que de graves conflits naissent souvent de matières laissées par le droit international à la compétence exclusive de l'Etat, si bien que ce concept comporte de graves dangers pour la bonne marche de la société internationale. Il mérite d'être cité à cette place, ne fût-ce qu'à cause de l'élégance consommée de ses mots: «On ne peut ne pas être frappé de la terrible et funeste antinomie offerte par le droit international. Fait pour régler les rapports des peuples dans un esprit d'ordre et d'harmonie, propre à arrondir les angles et à éviter les heurts, il ignore précisément et laisse hors de ses prévisions les problèmes les plus pressants, les plus angoissants du temps présent. Il les abandonne à la libre discrétion des Etats, à la merci des intérêts particuliers, à la lutte des antagonismes économiques. Au lieu de prévenir et d'apaiser les conflits, par son silence, il les provoque et les exaspère. Formé de la somme des lacunes du droit, le domaine réservé constitue un véritable obstacle à la paix internationale». Ce point est d'ailleurs relevé aussi par de nombreux autres auteurs de l'époque de la Société des Nations: cf. par exemple Brierly (*supra*, note 2), p. 13; Fenwick (*supra*, note 2), p. 146. Le droit international d'après-guerre a limité la portée du domaine réservé et l'a en tout cas exclu pour les questions menaçant la paix internationale.

39 - Scelle (*supra*, note 2), p. 365ss. Pour une analyse positive du concept, voir en revanche G. Scelle, *Manuel de droit international public*, Paris, 1948, p. 108, où le concept est simplement assimilé à la compétence discrétionnaire des Etats.

autres. Dès lors, il ne peut pas y avoir de souveraineté, car celle-ci est de manière inhérente un concept absolu, exclusif de toute limitation. Il ne peut y avoir que des compétences de l'Etat. Celles-ci lui donnent le pouvoir de se mouvoir à l'intérieur des limites fixées par le droit international⁴⁰. Mais si le concept de souveraineté périlite sous le regard sévère de la science, il ne peut pas non plus y avoir de place pour son fils spirituel, à savoir le domaine réservé. D'emblée G. Scelle plante le décor. La notion de domaine réservé, liée à celle de souveraineté, doit selon lui être éliminée du vocabulaire du droit international, car ce droit n'est pas basé sur la volonté étatique mais sur un ensemble de contraintes sociales naturelles. Le domaine réservé n'est que le refuge ou le déguisement de la notion anti-juridique de la souveraineté. Il n'a aucune portée juridique et ne sert que des fins politiques. Son objectif est de permettre sur bien des questions une politique de puissance directement opposée à l'idée d'une société internationale régie par le droit.

La critique va ensuite plus loin et se spécialise. Scelle nous explique que le domaine réservé tel que défini par les auteurs du droit international porte toujours sur des différends ou des conflits d'intérêts internationaux. Il en veut pour preuve les matières que l'on cite habituellement comme relevant du domaine réservé : l'immigration, les tarifs douaniers, la nationalité, etc. L'immigration est un problème international : il confronte et souvent oppose deux Etats, celui d'immigration et celui d'émigration. Les tarifs douaniers sont un problème international : ils mettent aux prises des Etats importateurs et des Etats exportateurs. La nationalité peut être un problème international : l'acquisition ou la perte d'une nationalité peut affecter les intérêts d'un autre Etat dont la personne en cause est aussi ressortissante ou dont elle pourrait être ressortissante. Le domaine réservé ne concerne jamais des matières qui n'ont aucune connotation internationale. En effet, ces matières-là n'ont aucun intérêt international. Elles ne peuvent donner lieu à une réflexion sur la délimitation des compétences entre l'ordre international et interne, puisque l'ordre international ne s'y intéresse pas et n'a de cure de s'y intéresser. Les questions dont il s'agit dans le cadre du domaine réservé sont donc toujours des situations internationales. Or, le domaine réservé prétend laisser la réglementation de ce type de questions à un seul Etat, et ce alors qu'il s'agit de conflits d'intérêts internationaux. Leur réglementation est ainsi unilatérale alors que leur essence est plurilatérale. Mais comment peut-on avoir une compétence étatique unilatérale à propos d'un phénomène essentiellement international ? Il y a là, selon Scelle, une contradiction.

40 - Voir par exemple G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, vol. 46, 1933-IV, p. 363ss, 371ss ; G. Scelle, *Précis de droit des gens*, vol. I, Paris, 1932, p. 13-14. Voir aussi Politis (*supra*, note 2) n. 10ss.

Scelle conclut qu'il ne saurait y avoir sur ce type de questions une «compétence exclusive». Il y a en fait des «compétences concurrentes»⁴¹. Mais s'il y a des compétences concurrentes, la question relève nécessairement du droit international. L'essence de ce droit, en effet, est de concilier par des règles les conflits de compétences entre tous les sujets internationaux, y compris les Etats.

G. Scelle s'écarte ainsi du cœur traditionnel de la doctrine du domaine réservé. Selon la conception dominante, il est reconnu que les questions laissées à la compétence nationale peuvent donner lieu à des heurts d'intérêts internationaux. Toutefois, le droit laisserait dans ce cas une liberté à chaque Etat d'agir comme il le veut. Cela peut produire des conflits et des frictions, mais ceux-ci restent *en dehors* du droit international. Leur solution doit être recherchée par des moyens politiques. Ainsi compris, le domaine réservé opère une distinction non seulement entre la sphère des compétences internes et internationales, mais aussi entre la sphère du droit et de la politique. De plus, le différend inter-étatique ne crée pas la compétence internationale. C'est au contraire la nature de la question qui la génère. Comme la Cour permanente l'a exprimé dans la célèbre affaire des *Décrets de nationalité* de 1923: «Il est constant [...] que le simple fait, par un Etat, de porter un différend devant la Société des Nations ne suffit pas pour donner à ce différend un caractère international de nature à le soustraire ainsi à l'application du paragraphe 8 de l'article 15»⁴².

Pour G. Scelle, les données du problème sont inversées. Ce n'est pas la compétence de réglementation exclusive qui est le point de départ, mais ses effets internationaux. Puisque ces compétences étatiques produisent des heurts et des différends internationaux, la compétence de leur chercher une solution appartient nécessairement à la société internationale, et donc au droit international. Le monisme est radical: la séparation entre l'interne et l'international disparaît; la distinction entre le droit et la politique se dissipe également. Si la conception classique part donc d'une matière pour la désigner à l'action exclusive d'un Etat et ce malgré toutes les conséquences au plan international, la conception de Scelle part du différend international engendré par cette solution afin de montrer que la compétence de l'Etat n'est pas exclusive. Le raisonnement est inversé.

Au passage, la notion de domaine réservé se révèle une fausse idole et se voit choir dans les bas-fonds du purgatoire.

41 - Scelle (*supra*, note 2), p. 366-371. A la page 371 il écrit, poussant jusqu'au paroxysme son solidarisme social: «[I]l devient impossible de parler de compétence exclusive puisqu'elle appartient concurrentement, avec le même contenu et la même portée, à un nombre pratiquement illimité de gouvernants étatiques».

42 - Affaire relative aux *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc* (1923), CPJI, sér. B, no. 4, p. 25.

b) La négation technique

On a déjà mentionné une négation technique, qu'on se bornera ici à révoquer brièvement. Le domaine réservé est généralement présenté comme une exception dirimante à la compétence d'un organe international. Notion basée sur la délimitation des compétences entre les organes internationaux et les Etats, elle revient à attribuer des compétences de part et d'autre, et, pour ce qui est des matières de compétence étatique exclusive, à nier toute compétence de l'organe international. Or, voici qu'on nous explique que cette conception est intenable, qu'elle repose sur une équivoque, si ce n'est sur une véritable confusion intellectuelle. Kelsen s'est fait le champion de cette conception. Selon lui, toute décision sur le domaine réservé relève du fond du litige. Il ne fait pas de sens de parler d'une exception d'incompétence. En effet, le domaine réservé consacre l'absence d'une règle du droit international obligeant un Etat à adopter un comportement déterminé. Or, dans ce cas, l'Etat est libre d'adopter ce comportement en vertu de la règle que ce qui n'est pas interdit est permis. Constaté l'existence du domaine réservé revient donc à affirmer non tellement que l'organe n'a pas de compétence; c'est surtout trancher l'affaire sur le fond en admettant que le demandeur ne peut pas exiger ce qu'il exige du défendeur, celui-ci agissant dans sa sphère de liberté. Cette opinion, exprimée par Kelsen dans le contexte particulier de l'article 15, § 8, du Pacte peut être généralisée: «If the Council finds that the matter is 'solely within the domestic jurisdiction' of one of the conflicting states, the Council declares that this state is right and that the other state is wrong according to positive international law. That means that the Council actually decides the case, although according to Article 15, paragraph 8, the Council shall not even make a recommendation»⁴³. Si le domaine réservé n'est pas entièrement répudié, il est en tout cas refusé de le considérer comme une «exception préliminaire d'incompétence». On pourrait éventuellement dire que l'organe international adopte une décision de fond drapée d'un revêtement de procédure.

Mais alors, cela ne revient-il pas à dire que l'organe international reste compétent pour traiter de toute question dans les limites de sa charte constitutive, et que si une matière relève du domaine réservé cela influe simplement sur le fond? En effet, soit la demande est rejetée comme étant mal fondée (procédure juridictionnelle), ce qui est un point de fond; soit l'organe en tient compte dans la recommandation ou la décision qu'il adopte sur le fond, pouvant éventuellement même refuser d'agir pour cette raison (procédure politique); et c'est là encore un point de fond. Or, dans

43 - Cf. Kelsen/Tucker (*supra*, note 2), p. 297. Voir aussi Kelsen (*supra*, note 2), p. 771; H. Kelsen, «Théorie générale du droit international public», *RCADI*, vol. 42, 1932-IV, p. 305. Voir aussi Arangio-Ruiz (*supra*, note 2), p. 69ss; Verdross, *Verfassung* (*supra*, note 2), p. 175.

ces deux cas, que reste-t-il du domaine réservé? D'empereur des compétences, il est relégué au rôle d'un plus ou moins petit vassal, cherchant à faire entendre sa voix dans les fatras du fond. Le domaine réservé en sort singulièrement diminué comme notion opératoire dans le champ du droit.

c) *La négation pratique*

Enfin, il est possible d'évoquer une négation pratique du domaine réservé. Quelques auteurs, qui se placent dans la doctrine dominante de la conception *ratione materiae* enrichie de la relativité, se sont interrogés sur le point de savoir si l'évolution du droit international d'après-guerre n'a pas été telle d'éliminer tout résidu de domaine réservé. Les progrès et l'intrusion capillaire du droit international dans les affaires internes n'ont-ils pas été spectaculaires? L'interpénétration progressive entre les deux ordres juridiques n'a-t-elle pas été fulgurante? Le «blend of international and internal law»⁴⁴ opéré progressivement sous l'impulsion des droits de l'homme, de la protection des activités économiques, du droit du travail international, du droit pénal international, de la coopération avec des acteurs non-étatiques – tout cela n'a-t-il pas définitivement fait sauter l'écran étatique, si bien qu'il ne reste plus aucune matière relevant du domaine réservé? Certains auteurs l'ont affirmé. L'un des plus clairs à ce propos est l'éminent internationaliste allemand Christian Tomuschat. Dans son cours général tenu à La Haye en 1999⁴⁵, il affirme que toute affaire ayant une connotation internationale rentre désormais dans la sphère des organes internationaux, notamment des organes des Nations Unies. Au plus tard depuis l'adoption des Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme en 1966 – Pactes qui traitent de questions les plus diverses, traditionnellement internes –, toute question quelconque se trouve potentiellement internationalisée. Dès lors, l'article 2, § 7, de la Charte est devenu une lettre morte, ce qu'il faut, selon le Professeur Tomuschat, saluer.

On remarquera que cette orientation reste fermement ancrée dans la conception dominante du domaine réservé, tout en l'achevant de ses propres armes. En se mesurant à ses propres exigences, le domaine réservé s'est perdu. Il s'agit bien d'une vision eschatologique de la notion. Si le domaine réservé n'est qu'un revers résiduel, il se trouve asséché dès que l'envers ne lui laisse plus de champ d'action. C'est ce qui serait arrivé.

44 - Cf. déjà W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres, 1964, p. 152ss.

45 - C. Tomuschat, «International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of A New Century», *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 233. Voir aussi *ibid.*, p. 183ss, pour la règle de non-intervention du droit inter-étatique.

Ce n'est pas le lieu pour entrer dans une critique de ces conceptions. Il ne nous pressait que d'établir un panorama général. Il sied désormais de passer à l'analyse annoncée du domaine réservé sous l'angle des compétences des organisations internationales.

II. THEORIE DU DOMAINE RESERVE A LA LUMIERE DU DROIT DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

1. Les compétences des organisations internationales⁴⁶

Si le domaine réservé est une notion de délimitation des compétences entre les organisations/organes internationaux d'un côté et les Etats de l'autre, il apparaît clairement que l'analyse doit être conduite sous l'angle de la notion de « compétence ». La doctrine presque unanime aborde le problème sous l'angle des compétences de l'Etat, c'est-à-dire de sa souveraineté. Elle ne s'avance guère à le serrer de plus près sous l'angle des compétences des organisations internationales. Il est suggéré ici que cette perspective complémentaire est riche d'enseignements.

Quelles sont généralement les catégories de compétences que possèdent des organisations ou organes internationaux (ci-après : organisations) ? Il y a trois principes qui régissent la matière. D'abord, le principe de spécialité. Ensuite le principe des compétences implicites ou impliquées. Enfin le principe des compétences issues de la pratique subséquente ou d'accords *ad hoc*.

a) Le principe de spécialité

La base constitutionnelle des compétences d'organisations internationales réside dans le principe de spécialité. Ce principe est capital. Il signifie que les organisations internationales se distinguent fondamentalement des Etats. Ces derniers possèdent, en vertu du principe de souveraineté, une compétence pleine et entière, une « omni-compétence », un *jus actionis omnimodae*. Ils peuvent régler toutes les matières quelconques et pourvoir à l'exécution des fonctions publiques sur leur territoire et dans les espaces communs comme la haute mer. Nul ne doit leur attribuer un pouvoir pour qu'ils le possèdent. Ils sont censés en être titulaires *ab initio* et automatiquement, précisément en vertu de la notion inclusive de souveraineté. Au contraire, la liberté de l'Etat pour adopter des règles et pour les faire exécuter sur son territoire doit être limitée par le droit international afin d'imposer des bornes à l'action étatique. C'est en se liant par des règles conventionnelles ou en étant assujetti à des règles coutumières que

⁴⁶ - Voir en général Schermers/Blokker (*supra*, note 2), p. 139ss, §§ 205ss.

la liberté de l'Etat dans les domaines cités cède devant la discipline internationale.

Le contraire est vrai pour les organisations internationales. Celles-ci ne possèdent que des compétences d'attribution⁴⁷. Elles ne peuvent exercer que les compétences qui leur sont attribuées dans leur instrument constitutif. Comme la Cour internationale de Justice l'a bien rappelé dans l'affaire relative à la *licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé* (OMS) (1996): «La Cour a à peine besoin de rappeler que les organisations internationales sont des sujets de droit international qui ne jouissent pas, à l'instar des Etats, de compétences générales. Les organisations internationales sont régies par le 'principe de spécialité', c'est-à-dire dotées par les Etats qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que ceux-ci leur donnent pour mission de promouvoir»⁴⁸. Ces compétences sont, dès lors, limitées de manière originaire et inhérente. En principe, toute compétence non attribuée reste auprès des Etats membres. Pour parler avec une image: si l'Etat possède tout, à moins qu'on ne le lui enlève, l'organisation ne possède rien, avant qu'on ne le lui attribue.

Une limitation des compétences de l'Organisation ne doit par conséquent pas être indiquée spécialement. En effet, toutes les compétences sont automatiquement limitées et limitatives. Une limitation «générale» (tel que le domaine réservé) aux compétences ne fait, dans un tel système, de prime abord guère beaucoup de sens. Elle ne saurait nier les compétences attribuées, car ce serait enlever ce qui vient d'être concédé en consacrant une contradiction⁴⁹; elle ne saurait préserver contre l'exercice de compétences non attribuées, car celles-ci n'existent pas. Si l'action dans le domaine non couvert par une compétence attribuée est néanmoins entreprise, il s'agit en principe d'actes *ultra vires*. La limitation «générale» ne pourrait-elle pas simplement limiter toutes les compétences, un peu comme la variable mathématique mise devant la parenthèse? Certes. Mais entre une limitation des compétences et une négation de celles-ci il y a une différence. Une limite générale peut avoir un sens juridique si elle joue simplement comme limitation des compétences; une limite qui équivaut, en revanche, à une négation de compétence attribuée s'avère d'em-

47 - Cf. Schermers/Blokke (supra, note 2), p. 141-142; C. Chaumont, «La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales», *Mélanges H. Rolin*, Paris, 1964, p. 55ss. J. P. Jacqué, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique*, Paris, 1972, p. 83ss. C. Rousseau, *Droit international public*, t. II, Paris, 1974, p. 469-70. Contra, F. Seyersted, «Objective International Personality of Intergovernmental Organizations», *Acta Scandinavica iuris gentium*, vol. 34, 1964, p. 5ss; F. Seyersted, «International Personality of Intergovernmental Organizations: Do Their Capacities Really Depend upon their Constitutions?», *Indian Journal of International Law*, vol. 4, 1964, p. 1ss.

48 - CII, *Recueil*, 1996, p. 78, § 25.

49 - Si l'on voulait limiter la compétence, on aurait pu la formuler plus strictement.

blée contradictoire. Dans le cas du domaine réservé, nous nous situons dans cette dernière catégorie. Ce schéma est évidemment trop simple, car les compétences de l'organisation reposent sur d'autres principes que celui de spécialité, si bien que l'image se complique. Mais gardons à l'esprit ce qui vient d'être dit, car il jette une lumière assez crue sur la signification potentielle du domaine réservé dans un système de compétences d'attribution.

b) Les pouvoirs impliqués

Le second principe est celui des pouvoirs impliqués ou implicites (*implied powers*)⁵⁰. Ces pouvoirs amplifient le corset trop étroit qu'impose le seul principe de spécialité, mal adapté aux besoins changeants de la vie des organismes internationaux. Le principe des pouvoirs impliqués signifie que des compétences sont conférées à l'organisation même si elles ne sont pas expressément énoncées dans le traité constitutif quand ces compétences s'avèrent nécessaires à l'exercice des fonctions expressément conférées ou à la réalisation des buts de l'organisation. Il y a ici une implication de fonction à fonction ou de but à fonction (c'est-à-dire de but à moyen).

La technique des pouvoirs implicites peut donc opérer de manière plus ou moins large. Dans son acception la plus étroite, elle opère d'une fonction déterminée à une fonction déterminée et ce par voie d'une implication «nécessaire» au sens étroit du terme. De la capacité d'engager des fonctionnaires et de garantir leurs droits⁵¹, il découle le pouvoir implicite d'adopter un règlement du personnel. Il est impossible de tenir du personnel autrement. Dès lors, le pouvoir est conféré par le fait même que l'engagement du personnel est prévu dans le texte constitutif. A l'autre bout du spectre se situent les conclusions de buts (très larges) aux fonctions, c'est-à-dire des inférences selon lesquelles une fonction est «utile» à un but de l'organisation, le promeut, ou du moins ne sort pas de son cadre. Les opérations de maintien de la paix imaginées par le Secrétaire général dans les années 1950'sont sans doute idoines à promouvoir le but générique de la paix internationale, qui est le but primaire des Nations Unies. Sont-elles «nécessaires» à cette fin? Cela peut dépendre du contexte historique et politique. Cette question était au centre des débats dans l'affaire relative à *Certaines dépenses des Nations Unies* (1962)⁵². La

50 - Cf. Schermers/Blokker (*supra*, note 2), p. 158ss, avec des renvois bibliographiques; Bindschedler (*supra*, note 2), p. 327ss.

51 - Articles 100 et 101 de la Charte des Nations Unies.

52 - CIJ, *Recueil*, 1962, p. 151ss. Sur cette affaire, voir: L. Gross, «Expenses of the United Nations for Peace-Keeping Operations: The Advisory Opinion of the ICJ», *International Organizations*, vol. 17, 1963, p. 1ss; R. Y. Jennings, «International Court of Justice - Advisory Opinion of July 20, 1962», *ICLQ*, vol. 11, 1962, p. 1169ss; C. Oliver, «Certain Expenses of the United Nations», *AJIL*, vol. 56, 1962, p. 1053ss; K. R. Simmonds, «The United Nations Assessments Advisory Opinion», *ICLQ*, vol. 13, 1964, p. 854ss; H. Thierry, «L'avis consultatif de la CIJ sur certaines dépenses des Nations Unies», *AFDI*, vol. 8, 1962, p. 247ss.

Cour a avalisé ce type d'opérations comme étant couvertes par le droit de la Charte. A cette fin, la Cour a donné une lecture dynamique et évolutive à ce texte. L'argumentation de la Cour, qui a été critiquée⁵³, nous semble entièrement défendable au regard du consentement des Etats impliqués dans les opérations et de l'importance de ces opérations dans le monde bloqué de la guerre froide.

Le critère que dégage la Cour est nettement téléologique. Il est travaillé selon la technique éprouvée de l'implication. Si une dépense a été faite (dans le contexte de ces opérations) dans la poursuite d'un but qui n'est pas un but des Nations Unies, la dépense ne saurait être une dépense de l'Organisation; et vice versa. Les buts des Nations Unies sont énoncés à l'article 1 de la Charte. Parmi ces buts, il y a tout d'abord la paix et la sécurité internationales. De ces buts, on peut tirer la conclusion qui suit: «[L]orsque l'Organisation prend des mesures dont on peut dire à juste titre qu'elles sont appropriées à l'accomplissement des buts déclarés des Nations Unies, il est à présumer que cette action ne dépasse pas les pouvoirs de l'Organisation»⁵⁴. C'est le cas en l'espèce. On notera l'ampleur de la portée implicatrice. Le point de départ est celui de buts aussi généraux que la paix internationale (ne peut-on alors presque tout impliquer?)⁵⁵. De plus, la mesure apparente de l'implication est que l'action soit «appropriée» (la Cour ne dit pas «nécessaire») à la poursuite de ces buts. Ce qui est «approprié» trace un cercle grandement plus large que ce qui est «nécessaire». On voit aisément que toute une série de mesures sont idoines à promouvoir la paix dans le monde. Si l'on prend cette notion générale comme base d'induction, on pourrait aboutir à postuler des pouvoirs impliqués pratiquement illimités pour les Nations Unies.

Entre ces deux cas extrêmes, se situe tout un spectre intermédiaire.

Les pouvoirs implicites au sens étroit (par implication «nécessaire») font sans aucun doute partie des pouvoirs attribués aux organisations internationales. Il s'agit de pouvoirs «attribués» soumis à une lecture un peu plus large du texte. Les pouvoirs implicites au sens large (par implication «utile») échappent aux pouvoirs attribués. Ils représentent des interprétations téléologiques des instruments constitutifs et proposent peu ou prou un développement du droit. Dès lors, pour n'être pas *ultra vires*, pour pouvoir s'imposer en droit à tous les membres, ils doivent faire l'objet d'une certaine dose d'acceptation au sein de l'organisation, de la part de ses

53 - Cf. par exemple Bindschedler (*supra*, note 2), p. 359ss

54 - *Ibid.*, p. 168. Cf. E. Lauterpacht, «The Legal Effect of Illegal Acts of International Organizations», *Mélanges A. D. McNair*, Londres/New York, 1965, p. 109ss.

55 - Telle est la critique du juge Winarski, *ibid.*, p. 227ss.

membres, ou reposer pour le moins sur l'accord de tous les participants *ad hoc* à une opération déterminée (des problèmes de financement à travers le budget général de l'organisation peuvent alors se poser, comme le montre l'affaire des *Dépenses* précitée).

c) *La pratique subséquente et les accords ad hoc*

Enfin, des pouvoirs peuvent être acquis par des organisations internationales sur la base d'une pratique subséquente de leurs organes⁵⁶ et des Etats membres. Les organes agissent d'une certaine manière, les Etats membres acquiescent à cette pratique ou ne s'y opposent pas. Ainsi, cette pratique finit par s'imposer comme règle de droit. La pratique subséquente peut ainsi modifier les compétences initialement attribuées en les élargissant ou en les restreignant. Un exemple classique est celui du vote affirmatif des cinq membres permanents du Conseil de sécurité prévu dans l'article 27, § 3, de la Charte des Nations Unies. La pratique a établi que le Conseil pouvait décider même en cas d'abstention des cinq membres permanents. La Cour internationale de Justice est venue avaliser cette pratique comme représentant la règle de droit dans l'affaire de la *Namibie* (1971)⁵⁷. Il ne se pose ici pas de problème particulier du point de vue qui nous intéresse. Certes, il peut être douteux de savoir quand une pratique est assez générale et assez acceptée. La question peut se poser de savoir quand elle représente plus que l'imposition d'une volonté de la majorité à une minorité. Mais à supposer ce problème résolu, il apparaît nettement que nous restons dans le cadre des compétences attribuées. L'organisation a acquis un nouveau pouvoir parce que les Etats membres (*nolens volens* peut-être) ont fini par le lui concéder. La seule différence avec les pouvoirs formellement attribués est que l'attribution se fait ici de manière informelle.

Il reste les compétences *ad hoc*, attribuées par accord de certains membres dans des contextes spécifiques. Ainsi, deux Etats pourraient donner aux Nations Unies le mandat de s'occuper de la mise sur pied d'une

56 - D'aucuns ont vigoureusement contesté aux organes internationaux le pouvoir d'imposer leur pratique subséquente aux Etats membres. Selon cette manière de voir, seule la pratique des Etats serait pertinente en droit. Les organes internationaux n'auraient aucun pouvoir de créer ou de modifier les règles par leur propre pratique: cf. l'Op. ind. P. Spender, affaire de *Certaines dépenses*, CIJ, *Recueil*, 1962, p. 187ss. Cette opinion rigoureuse n'a pas été confirmée dans la pratique internationale. Pour le rôle de la pratique subséquente au sein d'organisations internationales, voir la littérature dévolue à cette notion: voir par exemple E. Gordon, «The World Court and the Interpretation of Constitutive Treaties», *AJIL*, vol. 59, 1965, p. 826ss; S. Engel, «Living International Constitutions and the World Court (The Subsequent Practice of International Organs under Their Constituent Instruments)», *ICLQ*, vol. 16, 1967, p. 865ss. G. Ress, «Interpretation», dans: Simma (*supra*, note 2), p. 27ss, avec de nombreux renvois.

57 - CIJ, *Recueil*, 1971, p. 22, § 22: «Mais les débats qui se déroulent au Conseil de sécurité depuis de longues années prouvent abondamment que la pratique de l'abstention volontaire d'un membre permanent a toujours et uniformément été interprétée [...] comme ne faisant pas obstacle à l'adoption des résolutions. [...] La procédure suivie par le Conseil de sécurité [...] a été généralement acceptée par les Membres des Nations Unies et constitue la preuve d'une pratique générale de l'Organisation».

force armée intégrée bilatérale. Savoir si l'Organisation peut alors exercer de telles compétences *ad hoc* peut être une question délicate. Il n'est pas évident qu'une organisation puisse se prévaloir d'un tel titre d'action limité quand les fonctions nécessaires à cette fin ne sont pas prévues dans son instrument constitutif, même si les actions en cause ne s'opposent pas à ses finalités générales. Certainement, elle ne pourra entreprendre l'action, en son nom, que si elle entre dans le cadre des buts et fonctions générales de l'organisation⁵⁸. Pour ce qui est des Nations Unies, ses finalités sont tellement larges qu'on imagine mal qu'une fonction qui lui serait attribuée *ad hoc* ne puisse pas rentrer dans ses buts généraux, tels que fixés dans le Préambule et l'article 1 de la Charte. Il n'en demeure pas moins que les Etats qui s'opposent à une telle action de la part de l'organisation peuvent tenter de la limiter à un «service de l'organisation» rendu en dehors de sa Charte constitutive (quoique non à son encontre). Alors, ses effets, y compris budgétaires, restent limités aux Etats impliqués dans l'opération et ne s'étendent pas aux autres membres. C'est un domaine intéressant scientifiquement, car l'action des organisations et les bases juridiques de cette action peuvent se démultiplier significativement.

Ce qui compte pour nous est que l'organisation n'acquiert pas de cette manière une nouvelle compétence générale. Elle n'exécute qu'une mission déterminée, et avec l'achèvement de celle-ci disparaît aussi la délégation de compétence *ad hoc*. Pour ce qui est du domaine réservé, il est manifeste qu'il n'a pas de rôle à jouer dans ce cas, puisque l'action de l'organisation se fait par l'accord des parties intéressées. Dès lors, les Etats en cause ont renoncé à l'exception de la compétence nationale.

2. Application au domaine réservé

Quel bilan tirer de ce qui précède pour le problème du domaine réservé? Dans la mesure où le principe de spécialité domine le droit des organisations internationales, le domaine réservé s'identifie très largement avec lui. *Le domaine réservé correspond juridiquement très largement au principe de spécialité*. Il en est un reflet. Pourquoi? La raison est évidente. Elle a été pressentie par certains auteurs, qui n'ont toutefois pas approfondi le point⁵⁹. De deux choses l'une, en effet. Si une compétence est attribuée à l'organisation, celle-ci peut (voire doit) l'exercer et elle ne saurait être arrêtée dans cette action par le domaine réservé, sous peine de contradiction insoutenable. On ne saurait enjoindre et interdire la même chose en même temps. Si une compétence n'est pas attribuée à l'organi-

58 - Cf. Bindschedler (*supra*, note 2), p. 395.

59 - Cf. Rajan (*supra*, note 2), p. 473, 493-494; Schermers/Blokker (*supra*, note 2), p. 146; Ermacora (*supra*, note 2), p. 382-383; C. Chaumont, «La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales», *Mélanges H. Rolin*, Paris, 1964, p. 61.

sation, celle-ci ne saurait agir, et ce indépendamment de tout domaine réservé. C'est là l'effet du principe de spécialité : sans attribution de compétence, pas de compétence. En définitive, le domaine réservé semble ici signifier simplement que *l'organisation ne doit pas agir au-delà des compétences qui lui sont attribuées*⁶⁰. Or, tel est précisément l'objet du principe de spécialité. Ce qui vient d'être dit vaut aussi pour les pouvoirs impliqués au sens étroit, car ils font corps, comme on l'a vu, avec les pouvoirs attribués. Ils doivent être censés concédés en même temps qu'eux. La pratique subséquente de l'organisation et les interprétations de pouvoirs impliqués au sens large doivent être acceptées généralement⁶¹ par les membres pour s'imposer comme nouvelles règles (amendant le cas échéant de manière informelle l'instrument constitutif). Puisqu'il faut l'accord des membres de l'organisation, ce qui vient d'être dit s'étend également à ce cas. Par l'acceptation de la pratique subséquente ou de l'implication au sens large, une nouvelle compétence est attribuée à l'organisation de manière informelle. L'organisation peut agir, et éventuellement doit agir, sur sa base.

Toutefois, on peut imaginer dans ces deux derniers cas, celui de la pratique subséquente et celui des implications au sens large, un rôle plus actif du domaine réservé. L'exception de la compétence nationale aurait ici un but *de lege ferenda* : celui d'objecter, de s'opposer à ce qu'une pratique considérée trop intrusive de la souveraineté nationale ne soit transformée en droit. Mais alors quoi ? Le domaine réservé ne serait pas dans ce cas, non plus, un argument de type strictement juridique. En fait, il équivaudrait simplement à ce qu'en droit on appelle une objection, une protestation.

On a donc beau tourner et retourner le problème dans tous les sens, on arrive toujours au constat que l'analyse sous l'angle des compétences des organisations internationales ôte toute portée pratique, voire tout vêtement juridique, à l'argument du domaine réservé.

Ce sont les défauts de l'analyse traditionnelle qui ont amené les auteurs et la pratique à s'interroger pendant des décennies sur le point de savoir comment résoudre les contradictions manifestes entre l'article 2, § 7, et les articles 55, 56, 62 de la Charte, où d'un côté semble interdit ce que de l'autre semble concédé⁶². On s'aperçoit à la lumière de ce qui précède que la clause du domaine réservé contenue dans l'article 15, § 8, du Pacte, cen-

60 - Comme le note très justement Rajan (*supra*, note 2), p. 473.

61 - Pas unanimement certes, comme c'est le cas d'ailleurs pour toute pratique de type « coutumier ». Même la révision formelle de la Charte ne requiert pas l'unanimité des membres. La majorité qualifiée prévue dans cette disposition décide avec effet pour tous les membres, qui sont liés par les nouvelles règles. Voir les articles 108 et 109 de la Charte des Nations Unies.

62 - Cf. par exemple Rajan (*supra*, note 2), p. 128ss; Kelsen (*supra*, note 2), p. 773; Nolte (*supra*, note 2), p. 158ss. Plusieurs Etats ont plaidé dans les premières années d'activité des Nations Unies en faveur d'un double test : l'article 2, § 7, serait une limite supplémentaire aux compétences expressément attribuées aux divers organes. Dès lors, l'article 2, § 7, peut servir comme levier pour ôter à ces organes des compé-

trée sur un seul type de procédure de règlement de différends et ayant de ce fait une portée limitée, avait un sens juridique précis, bien que mal formulé. Mais la clause générale de l'article 2, § 7, axée sur l'ensemble des pouvoirs de l'Organisation, n'a pas de sens juridique pour autant qu'elle visât à nier des compétences spécifiquement attribuées. Comment imaginer sérieusement que celles-ci soient mises en échec par l'article 2, § 7 ? Ce serait faire de la Charte un instrument entièrement schizophrène et inconséquent. Les compétences attribuées sont donc des *leges speciales* dont l'application n'est pas remise en cause. On comprend, dès lors, pourquoi dans la pratique l'article 2, § 7, a été réduit à une portion plus que congrue. En effet, il ne lui reste guère d'objet juridique propre. On peut même dire que la pratique a littéralement assassiné la clause générale de l'article 2, § 7. L'approche des compétences attribuées l'a ici emporté sur le fantôme rôdeur d'une limite sans sens juridique apparent et sans collocation exempte de contradictions dans l'économie générale du texte de la Charte.

Qu'est-ce qui reste alors du domaine réservé ? La clause du domaine réservé exprime surtout une crainte politique. Elle dit à l'organisation : « souviens-toi que tu n'es pas un super-Etat ; sache te tenir dans tes sphères de compétence et n'oublie pas de nous lâcher par ailleurs les baskets. Sois attentive quand tu étends tes pouvoirs par des interprétations extensives et téléologiques ». C'est dans ce sens politique et psychologique général que baigne cette clause⁶³. Il est loin d'être négligeable. Sur le plan du droit strict, en revanche, son effet est à peu près nul.

Doit-on nuancer ces propos ? Sans doute. Nul ne nous force en effet d'avoir une vision trop étroite du droit. Et ainsi, il apparaît rapidement que le domaine réservé possède toute une série de fonctions juridico-politiques (ou parfois uniquement politiques) dignes d'être notées. On se bornera ici à les mentionner sans leur donner des développements. Avant cela, il faut toutefois aborder une objection de principe, qui s'avère de grande importance pour tester la validité de notre construction.

Il a été dit⁶⁴ – sans doute avec raison – que les compétences matérielles⁶⁵ et les buts des Nations Unies sont tellement exceptionnellement

tences que la Charte leur confère. La pratique a constamment rejeté de telles allégations. Pour des exemples de telles allégations d'un domaine réservé renforcé, voir Rajan (*supra*, note 2), p. 233 (Afrique du Sud), p. 234-235 (Australie), p. 239 (Belgique), p. 247 (Turquie), p. 335 (Afrique du Sud), etc. On trouve aussi des prises de position contraires : *ibid.*, p. 324 (Inde).

63 - Cette portée psychologique et politique est bien notée par Schermers/Blokker (*supra*, note 2), p. 146 ; Cançado Trindade (*supra*, note 2), p. 762.

64 - Voir Bindschedler (*supra*, note 2), p. 387-388.

65 - Ce n'est pas le cas, évidemment des compétences formelles, qui ne vont pas généralement plus loin que le pouvoir de recommander une action. La protection des Etats contre des excès de l'Organisation n'est donc pas tellement à chercher dans les compétences matérielles, exceptionnellement larges, mais dans les compétences formelles, très étroites. Voir ci-après dans le texte.

larges que cette Organisation possède une sorte de toute-puissance quant aux matières à traiter. Dès lors, dans cette Organisation-là, le principe de spécialité passerait de fait à l'arrière plan. Il serait dilué dans l'océan des fonctions, finalités et buts contenus dans la Charte. Mais s'il en est ainsi, le domaine réservé ne renaît-il pas de ses cendres ? Le principe de spécialité se trouvant largement dépourvu de base nourricière, son frère jumeau n'est-il pas appelé à en prendre la place pour assurer une limitation des compétences de l'Organisation mondiale ?

Toutefois, le fait que les compétences des Nations Unies soient particulièrement larges ne change pas la donne du problème. Analytiquement, la question demeure un problème de compétence. Que celle-ci soit large ou étroite, l'organisation peut et doit l'exercer. Si les Etats membres ne voulaient pas conférer des compétences aussi larges, ils n'avaient qu'à ne pas les inscrire dans la charte constitutive. La Charte rééquilibre autrement la portée potentiellement très intrusive de ses compétences matérielles. Elle le fait en restreignant considérablement la compétence formelle de l'Organisation des Nations Unies. En effet, celle-ci ne peut que très exceptionnellement adopter des décisions contraignantes. Dans la grande majorité de cas, elle est limitée à l'adoption de recommandations non contraignantes. C'est de cette manière qu'elle cherche à protéger le domaine réservé des Etats. Ainsi, la Charte ajuste réciproquement un champ de compétences matérielles très large à un champ de compétences formelles très étroit⁶⁶. Cet équilibre se tient en lui-même.

Un autre point est celui de déterminer au cas par cas le sens juridique précis de compétences très générales concédées par la Charte⁶⁷. On peut évoquer l'article 55, qui donne à l'Organisation la mission de « promouvoir » ou de « favoriser » toute une série d'objectifs de nature économique et sociale (y inclus les droits fondamentaux de la personne humaine)⁶⁸. Juridiquement, quand des pouvoirs très ouverts sont concédés à un organe, la situation s'analyse comme délégation d'un pouvoir quasi-législatif consistant à concrétiser, par la pratique, les notions générales aux cas individuels⁶⁹. Toute interprétation contient cet aspect de concrétisation. Or, quand les concepts normatifs sont très génériques, le pas à franchir entre l'injonction normative et l'application aux espèces concrètes devient

66 - Cf. Bindschedler (*supra*, note 2), p. 395.

67 - Voir Ermacora (*supra*, note 2), p. 389.

68 - Voir R. Wolfrum et E. Riedel, Commentaire de l'article 55 (en deux parties), dans : Simma (*supra*, note 2), p. 897ss ; A. Pellet et J. B. Marie/N. Questiaux, Commentaire de l'article 55 (en deux parties), dans : Cot/Pellet/Forteau (*supra*, note 2), p. 1451ss. On peut aussi évoquer les compétences de l'Assemblée générale aux articles 10 et suivants de la Charte.

69 - Sur ces aspects, on pourra consulter mon ouvrage R. Kolb, *Interprétation et création du droit - Le développement du droit international par des modalités non-législatives (Esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international)*. Bruxelles, à paraître en 2006.

particulièrement important. C'est dire que les aspects créatifs prennent le dessus sur les aspects de subsumption. C'est dire aussi qu'une marge accrue de « discrétionnalité » est concédée à l'organe qui doit entreprendre cette tâche.

Dans une telle situation, le domaine réservé peut être appelé à jouer un certain rôle. En effet, dans la mise en balance des divers éléments et arguments qui militent en faveur ou en défaveur d'une compétence internationale en vertu de la norme à interpréter, l'organe peut tenir compte de l'argument du domaine réservé. Mais il ne s'agit dans ce cas que d'un argument générique de protection de la souveraineté. Au lieu de domaine réservé, on pourrait aussi parler de « souveraineté », de « protection de l'autonomie étatique », de « subsidiarité », d'« équilibre entre uniformité et diversité politiques », etc. On est loin d'une exception d'incompétence de type dirimant. Le domaine réservé est ici plutôt un argument ouvert, sans armature technique, permettant à l'organe de mieux calibrer la compétence attribuée. Il se présente comme un argument générique pour aider l'organe à se faire une meilleure image du degré de compétence internationale optimale. L'organe saisi définit alors la compétence par voie d'interprétation, au sein même de la norme attributive. Ce domaine réservé n'est par conséquent pas un élément doté d'un corps juridique propre, qui vient limiter l'application de la norme « du dehors », par exemple comme exception d'incompétence.

En définitive, le domaine réservé est dans ces situations éminemment un élément de fond parmi d'autres, et non d'incompétence. Il l'est tellement, qu'il tend à perdre tout contour technique.

Venons-en désormais aux fonctions juridiques corollaires que peut avoir le domaine réservé dans le cadre des compétences d'une organisation internationale. On peut en évoquer cinq :

1) Le domaine réservé est une objection que des Etats peuvent soulever afin d'empêcher une pratique de l'Organisation ou une interprétation téléologique hardie de sa charte constitutive de se consolider en norme juridique contraignante. La protestation empêche ainsi l'acquiescement par silence de la part des membres. Le domaine réservé a ici une fonction conservatrice.

2) Le domaine réservé peut aussi être une objection individuelle contre toute acceptation *ad hoc* de compétence dans un cas donné. Ainsi, par exemple, un Etat peut refuser d'accepter une mission de maintien ou de consolidation de la paix sur son territoire. Tant que celle-ci n'est pas décidée en vertu du Chapitre VII de la Charte, cette objection (refus de consentement) a une portée dirimante. Le domaine réservé équivaut ici juridiquement à un refus de consentement.

3) Le domaine réservé peut être un élément d'interprétation de fond quand il s'agit de définir précisément l'ampleur des pouvoirs conférés généralement par une norme de compétence. On vient d'évoquer ce problème ci-devant. Le domaine réservé peut s'identifier ici à un principe de subsidiarité et de proportionnalité⁷⁰. Elle exigerait de l'organisation internationale de soigneusement mettre en balance la nécessité d'une action internationale contre les exigences de l'autodétermination démocratique et souveraine des collectivités nationales, contre l'idée même d'un pluralisme politique, culturel, social, économique et juridique.

4) Le domaine réservé justifie une présomption contre tout pouvoir supranational de l'organisation.

5) Le domaine réservé commande une interprétation restrictive de toute compétence internationale proche du noyau dur des affaires ressenties à un moment donné de l'histoire comme étant essentiellement nationales.

On s'aperçoit que dans chacune de ces fonctions le domaine réservé n'a guère d'autonomie juridique. Il paraît lié à d'autres notions juridiques au point d'être dissous en elles: l'interprétation et les éléments d'interprétation; les présomptions; la proportionnalité et la subsidiarité; la souveraineté; la protestation; etc.

En définitive, la brume du domaine réservé se dissipe presque entièrement sous le soleil puissant d'une analyse juridique menée sous l'angle des compétences des organisations internationales. Ce qui demeure du domaine réservé est un ectoplasme légèrement irisé, qui tend à n'avoir plus aucun contour juridique net et plus aucune fonction juridique irremplaçable.

CONCLUSION

A dire vrai, nous ne voulons pas offrir au lecteur de conclusion. En effet, il ne saurait y avoir de point final à des esquisses et explorations qui ont surpris leur auteur tout au long de sa recherche et de sa rédaction; ni ne peut-il y avoir une conclusion au sens propre sur un problème aussi éminemment ouvert et complexe que le domaine réservé, qui a tenu en haleine des générations d'internationalistes. A bien regarder, on s'aperçoit surtout de l'extraordinaire ambiguïté du domaine réservé. Son sens politique est clair: il est l'*alter ego* de la souveraineté et de l'indépendance étatique, autour desquelles il accomplit ses révolutions en orbite géostationnaire. Mais en droit, le concept semble dépourvu de tout sens tangible. Il présente à l'analyse des parois de mollusque sur lesquelles glissent les meilleures volontés et les plus studieuses applications. L'ambivalence reste entière à l'issue de cette étude. En effet, si l'on regarde au domaine

70 - Cf. Nolte (*supra*, note 2), n. 171.

réservé dans la perspective de la souveraineté de l'Etat, donc dans la perspective traditionnelle, on s'enferme dans des difficultés de construction sur sa portée précise. Des centaines de textes doctrinaux en portent un éloquent témoignage. Toujours est-il qu'on sait au moins qu'il s'agit d'une limite apportée à la compétence d'organisations et d'organes internationaux. Les certitudes s'arrêtent au-delà de ce point peu engageant et peu hardi. Si l'on regarde à la matière par l'autre bout, celui du droit relatif aux compétences d'organisations internationales, on s'aperçoit que le domaine réservé n'a guère de collocation et de sens spécifiquement juridiques, sauf quelques effets corollaires.

Comment choisir entre ces deux perspectives, celle de l'Etat et celle de l'organisation ? Il ne semble pas possible d'apporter une réponse définitive. Il en est ainsi parce que le concept de domaine réservé est un concept d'abord politique, et qui sert des finalités politiques. Il n'est pas pensé pour le droit. A-t-on mieux réussi à définir la souveraineté après des siècles d'efforts ? On peut en douter. Dès lors, nous resterons confrontés à ce concept énigmatique du domaine réservé, qui continuera à faire transpirer les internationalistes. En droit pur, il vaudrait mieux l'abandonner en le remplaçant par une définition nette des compétences attribuées à une organisation internationale. En pratique, cela ne sera pas possible sans de grandes résistances politiques et psychologiques. Dans ces conditions, on peut au moins se réjouir que la pratique internationale ait réduit le domaine réservé à peu de chose. Au moyen d'un intense labeur prolongé, elle a ainsi délesté les internationalistes d'une part d'un grave souci, d'une grande poche d'un virulent abcès. On se souvient du mot des conjurés au quatrième acte d'*Hernani*: *ad augusta, per angusta* !

RESUME

«Cet article ne vise pas à donner à l'ancienne et controversée notion de domaine réservé une analyse de plus, ni surtout à revoir la pratique des organes internationaux pour saisir le sens et la portée qu'ils reconnaissent à la compétence nationale. Le domaine réservé est une notion relationnelle : elle concerne la délimitation des sphères de compétence entre des organisations ou des organes internationaux d'un côté et des Etats de l'autre. Il est étonnant, dès lors, de voir que le problème du domaine réservé est toujours abordé seulement par l'un de ses versants, à savoir celui des Etats et de la protection de certains matières particulièrement étroitement liées à leur souveraineté. En effet, l'autre perspective, celle qui proposerait une analyse placée dans le contexte des compétences des organisations internationales n'est guère entreprise. L'entreprend-on, qu'on se rend compte que la notion perd presque tout contour juridique. Elle s'y confond assez largement avec le principe de spécialité (ou d'attribution) des compétences. Quelques fonctions juridico-politiques subsistent, mais elles sont très subordonnées. La valeur et le but fondamentaux du domaine réservé sont politiques, non juridiques».

ABSTRACT

«The aim of this article is not to give one more account of the old and vexed principle of domestic jurisdiction, and even less of the practice of the international organs in its context. The point is rather to address the principle from a fresh angle. Domestic jurisdiction is analysed traditionally in the perspective of the State and of the questions which, due to a close linkage to its sovereignty, should escape international scrutiny. But the concept can also be envisioned under the perspective of the powers of an international organization. In effect, domestic jurisdiction is precisely concerned with the delimitation of the spheres of action of international organizations (or organs) and States respectively. It can thus be tackled from two distinct angles. When it is looked at in the light of the powers of an international organization, it largely merges into the principle of speciality of powers. It thereby loses much of its apparent legal shape. Only some subordinate legal-political functions remain to be performed by it. It then appears that its main functions and value are political rather than legal».

RESUMEN

Este artículo no pretende ofrecer otro estudio más sobre la vieja y controvertida noción del «*domaine réservé*», y menos aún revisar la práctica de los órganos internacionales en este ámbito. La idea es más bien analizar el principio desde un nuevo ángulo. El «*domaine réservé*» es una noción relacional: concierne a la delimitación de los ámbitos de competencia entre las Organizaciones Internacionales de un lado y, los Estados de otro. Sorprende, en este sentido, comprobar que el problema del «*domaine réservé*» es siempre abordado desde una de sus vertientes, la de los Estados, y la protección de determinadas materias estrechamente vinculadas a su soberanía. Sin embargo, la otra perspectiva, la que propondría un análisis situado en el contexto de las competencias de las Organizaciones Internacionales está aún por explorar. Cuando se hace, suele confundirse con el principio de especialidad (o atribución) de competencias. Algunas funciones jurídicopolíticas subsisten, pero están muy subordinadas. El valor y el fin fundamentales del «*domaine réservé*» son políticos, no jurídicos.

