



HAL
open science

Le régionalisme et ses limites. Regards croisés franco-kazakhs

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini (Dir.). Le régionalisme et ses limites. Regards croisés franco-kazakhs. 2015, 287574335X. hal-02452405

HAL Id: hal-02452405

<https://hal.science/hal-02452405v1>

Submitted on 22 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Sous la direction de

Fabien BOTTINI, Harold GABA

et Pierre CHABAL

LE REGIONALISME ET SES LIMITES
REGARDS CROISES FRANCO-KAZAKHS

Le régionalisme et ses limites. Regards croisés franco-kazakhs

nom de l'éditeur

des auteurs

Titre complet

Des mêmes auteurs :

BOTTINI F., *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, Paris, LGDJ 2008, 376 p.

BOTTINI F. (dir.), *L'État interventionniste*, Paris, L'Harmattan 2012, 192 p.

BOTTINI F. (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, Paris, L'Harmattan 2014, 240 p.

CHABAL P., *Des conditions de l'efficacité ministérielle dans le changement de politiques publiques en France, Royaume-Uni, Espagne et Allemagne*, Lille, Éd. du Septentrion 2000, 1135 p.

CHABAL P. et de RAULIN A. (dir.), *Les Chemins de la Turquie vers l'Europe*, Artois Presses Université 2002, 215 p.

CHABAL P. (dir.), *Institutionnalising Regions: East-Asian and European perspectives on regional regime dynamics*, Paris, Éd. Apopsix 2011, 391 p.

CHABAL P. (dir.), *Régions, Institutions, Politiques: perspectives euro-asiatiques institutionnelles et fonctionnelles*, Paris, Éd. Apopsix, 2011, 328 p.

CHABAL P. (dir.), *Concurrences Interrégionales Europe-Asie au 21^{ème} siècle*, Bruxelles, P.I.E. 2015, 393 p.

CHABAL P. (dir.), *L'Organisation de coopération de Shanghai et « la nouvelle Asie » ?*, Bruxelles, P.I.E. 2015, 488 p.

GABA H., *L'action civile collective (les exemples des syndicats de salariés, des associations familiales et de consommateurs)*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion 1999, 695 p.

REMERCIEMENTS

Les communications qui vont suivre sont tirées du premier colloque franco-kazakh de juristes organisé conjointement par l'Université du Havre et l'Université *al-Farabi* à Almaty. C'est pourquoi les auteurs tiennent à remercier vivement les nombreux et généreux soutiens sans lesquels ce projet n'aurait pu voir le jour.

Ils tiennent, tout d'abord, à remercier le programme PARCECO du ministère français de l'enseignement supérieur et de la recherche, l'Ambassade de France au Kazakhstan et l'Ambassade du Kazakhstan en France pour avoir facilité les déplacements des dix collègues francophones impliqués.

Ils tiennent, ensuite, à remercier la Fondation SEFACIL placée sous l'égide de la Fondation de France, les collectivités territoriales de Normandie ainsi que le laboratoire de recherche en droit de l'Université du Havre, le LexFEIM, pour leur soutien matériel et logistique.

Ces remerciements ne seraient, par ailleurs, pas complets sans le rappel des innombrables « petites mains » qui ont facilité le déroulement concret des journées du colloque. Ces anonymes ont traduit, parfois plusieurs nuits de suite – puisque le jour, il faut bien travailler ! –, de nombreux textes, du français au russe, du russe au français, en passant parfois par l'anglais, avant de les projeter patiemment, le Jour J, sur un écran, permettant ainsi aux intervenants de suivre les intervention de chacun malgré les barrières linguistiques. Qu'ils en soient remerciés.

Enfin, les auteurs tiennent particulièrement à remercier, outre leurs collègues de l'Université du Havre qui les ont soutenus et aider à réaliser cette manifestation et cette publication, les membres de la Faculté des relations internationales de l'Université *al-Farabi* et de son département de droit. Que le Doyen SHAKIROV et le Professeur AIDARBAYEV, la dizaine de jeunes collègues, thésards et étudiants impliqués dans le projet sachent qu'ils leur sont reconnaissants pour leur dévouement sans faille, des mois durant, avant, pendant et après le colloque.

PRÉFACE

Par
Patrice GELARD
Doyen honoraire
de la Faculté des Affaires internationales
de l'Université du Havre
Professeur émérite de l'association
Internationale de droit constitutionnel

Le colloque qui vous est présenté rappelle les colloques des rencontres bilatérales qu'organise depuis plus d'un siècle la société de législation comparée. Certes dans ce cas c'est une juxtaposition qui vous est proposée car il est extrêmement difficile de faire une analyse de droit comparé sans avoir préalablement surmonté une série d'obstacles.

En premier lieu, il est nécessaire de connaître parfaitement les institutions et le droit des deux Etats concernés, ce qui signifie qu'il va falloir identifier les similitudes, dépasser les difficultés linguistiques et saisir les spécificités propres à chaque que État et par conséquent intransposables et insusceptibles de comparaison.

En second lieu, il va falloir trouver une méthode d'analyse comparative qui puisse convenir à l'approche des deux systèmes et ce n'est qu'en troisième lieu que la comparaison pourra s'imposer en soulignant les forces et les faiblesses des institutions de l'un et de l'autre.

Le présent ouvrage a le grand mérite de mieux nous faire connaître des institutions et des approches inédites : la CICA, la CEI, la Communauté économique eurasiennne sont particulièrement mal connues et mal étudiées en Europe occidentale. Il en est d'ailleurs de même de l'Union européenne dans les pays d'Asie centrale.

En outre plusieurs aspects du droit font l'objet d'une analyse détaillée (pouvoir du président, organisation administrative, laïcité, Barreau) qui permet de pousser un peu plus loin que l'approche comparative.

Ce sont ces types d'approches qui ont permis de faire évoluer le droit, non seulement dans les pays émergents mais aussi au sein des vieilles démocraties. Les uns et les autres vont ainsi pouvoir tenir compte de

l'expérience étrangère sans oublier naturellement les dysfonctionnements et les anomalies qui ont pu surgir dans l'expérimentation des réformes.

Mais il ne faut jamais oublier les spécificités nationales qui découlent de l'histoire, de la culture et des usages. Ainsi même s'il existe un tronc commun du droit appelé à devenir potentiellement universel, il restera des différences comme l'affirme la vieille devise de la société de législation comparée : *Jus unum – lex multiplex* ; « Le droit est unique, la loi est multiple ».

Ainsi le présent ouvrage, rédigé sous la direction de MM. Fabien Bottini, Harold Gaba et Pierre Chabal, a le double mérite de mieux faire connaître l'approche juridique française aux kazakhs et l'approche kazakhe aux français tout en permettant de mener une réflexion comparative de l'amélioration du droit.

AVANT-PROPOS

Par

Pierre CHABAL

Membre du Conseil de direction du LexFEIM

Docteur en Science Politique

Fondateur des échanges entre l'Université du Havre
et l'Université Nationale Kazakhe nommée d'après *al-Farabi*

Il en est des coopérations interuniversitaires comme des printemps d'Asie, d'autant plus efficaces que les vents des steppes s'avivent fort. L'origine de ce livre est un colloque tenu à Almaty en avril 2014, lui-même consécutif à plusieurs années de coopération intense et toujours inspirée par le souffle des plaines et des collines eurasiennes.

En mai 2006, une première rencontre entre Kuralay Baiszakova, professeure de relations internationales de l'Université KazNU *al-Farabi* et Doyenne de la Faculté des Relations Internationales, et l'auteur de ces lignes a suggéré de nombreux projets franco-kazakhs, concrétisés dès décembre 2006 par l'association à un colloque, puis par des échanges d'enseignants chaque année ou presque, la participation à plusieurs ateliers du Congrès Asie-Pacifique à Paris, trois colloques internationaux au Havre et à Almaty et autant de livres collectifs. L'Université *al-Farabi*, sa Faculté des Relations Internationales et son département d'Etudes régionales dirigé par la professeure Klara Makasheva en sont éminemment remerciés ici.

En mai 2012, Kuralay Baiszakova nous a glissé, entre deux réunions, « Pierre, il faudrait que je vous présente le directeur du département de droit ! ». Deux ans plus tard – « seulement » car le rythme de l'organisation d'un colloque et plus lent que le vent sur la steppe – a eu lieu le premier colloque franco-kazakh des juristes en avril 2014, à Almaty. Le département de droit, son directeur Sagynaliy Zh. Aidarbayev, la Faculté des Relations Internationales, son Doyen Karimzhan N. Shakirov et tous les collègues et étudiants sont remerciés ici du fond du cœur pour leur confiance et leur travail, ainsi que pour leur hospitalité.

Le deuxième colloque aura lieu en 2016 et associera l'Ecole de Droit de l'Université InHa en Corée du Sud ; Harold Gaba en parlera dans sa conclusion. L'énergie d'une collaboration en attire une autre ...

Ce même colloque d'avril 2014 a vu l'Université *al-Farabi*, par la voix de son vice-président Burkitbayev M. Myrzabayevich, proposer la création d'un Centre franco-kazakh du droit. Cette création, dûment entérinée par le président de l'université, Mutanov G. Mutanovich et l'ambassadeur de France à Astana, S.E. Francis Etienne, est un bel exemple de la rencontre entre le travail des universitaires et la confiance de leurs institutions de rattachement. L'ouverture de ce Centre quelques mois plus tard, en décembre 2014, augure favorablement des échanges encore plus nourris entre nos deux établissements.

Il faut donc savourer « l'histoire se faisant » (R. Aron). Les auteurs des chapitres de ce livre étaient (presque tous) étudiants à une époque où leur monde respectif était, guerre froide obligeant, inaccessible. Aujourd'hui, leur coopération est non seulement une évidence mais, de plus, déjà plurielle : Asie centrale, Europe, Asie de l'Est. Les moyens de communication ont aboli les barrières et les distances plus vite encore que les changements des mentalités. Il n'est plus question de se demander « Comment peut-on être Persan ? » mais plutôt de mettre en œuvre toujours plus de regards croisés et de colloques *comparant* les systèmes des uns et des autres, ici les systèmes de droit et de pensée juridique.

Si rien n'est possible sans travail, peu demeure valable sans soutien. Côté havrais et côté kazakh, une liste de remerciements serait trop longue. Il faut pourtant souligner le rôle joué par le laboratoire de droit et de science politique de l'Université du Havre, fondé et dirigé par le Doyen Patrice Gélard, puis par le Doyen Gilles Lebreton, puis par la Professeure Béatrice Bourdelois, qui a, avant tous les autres laboratoires havrais, ouvert ses projets à l'Asie, toute l'Asie. L'auteur de ses lignes, politiste, est particulièrement heureux que le flambeau passe désormais à ses collègues juristes pour ces riches collaborations avec le Kazakhstan.

D'autres pistes sont à explorer plus avant, en Mongolie, en Ouzbékistan, au Kirghizstan, en Corée, en Chine, en Inde, en Turquie, en Russie ... D'autres colloques, d'autres livres surgiront, mais pour le moment, les lecteurs peuvent lire les chapitres inédits qui suivent et, à l'époque d'Internet et des « courriels », contacter leurs auteurs pour des échanges toujours plus interactifs et stimulants.

Enfin, un grand merci à nos collègues Fabien Bottini et Harold Gaba pour leur travail de fond et de relecture effectué sur les chapitres de ce livre ! Sans eux, les graines emportées par les vents n'eussent germé et donné vie à de robustes troncs dont on fait les poutres des constructions durables.

INTRODUCTION

Par

Fabien BOTTINI

Membre du Conseil de direction du LexFEIM
Maître de conférences HDR en droit public
Responsable du Master Collectivités territoriales
de l'Université du Havre

De la Mongolie à la Corée du sud en passant par le Kazakhstan, Pierre Chabal est un spécialiste reconnu de l'Asie centrale en science politique. C'est en cette qualité qu'il a proposé à ses collègues juristes du LexFEIM de monter, en avril 2014, un colloque franco-kazakh à l'Université al-Farabi d'Almaty (Kazakhstan) sur le thème du régionalisme.

Malgré son indéniable originalité s'agissant d'un pays encore peu connu de la doctrine juridique française, cette proposition ne manquait pas d'audace. Sans parler des incontournables difficultés logistiques et financières soulevées par l'acheminement d'une délégation de dix personnes, il a fallu à Pierre Chabal beaucoup de patience et de persuasion pour surmonter les nombreux obstacles qui se dressaient sur le chemin. Ses compétences linguistiques, les solides amitiés qu'il a nouées à Almaty – fruit de douze ans de travail –, et, surtout, l'intérêt des autorités françaises et kazakhes pour le projet, lui ont toutefois permis de le porter jusqu'au bout. Une fois sur place, ses collègues ont ainsi eu le plaisir de recevoir un accueil chaleureux qui a fait honneur à la réputation d'hospitalité du peuple kazakh et de débattre, entre deux tournées de vodka (tradition locale oblige !) et diverses cérémonies officielles, de sujets variés dont l'actualité ne s'est pas démentie. Les actes du présent ouvrage sont l'aboutissement de ce travail. Le néophyte comprendra vite à leur lecture combien ces regards croisés franco-kazakhs sont riches d'enseignements.

Ce qui frappe lorsqu'on les parcourt, c'est en effet de voir à quel point le Kazakhstan est tourné vers l'extérieur sur le plan politique ; et combien son droit interne combine des influences étrangères différentes sur le plan proprement juridique.

Les deux aspects sont, il est vrai, indissolublement liés tant sa relation avec ses voisins russes et chinois et le reste du monde apparaît complexe.

D'un côté en effet, le pays a conservé, malgré la chute du bloc communiste, des relations politiques et commerciales importantes avec la Russie au sein de la Communauté des Etats indépendants (CEI) et une partie de l'héritage soviétique. Ce dernier explique l'existence en droit kazakh de services publics dont la qualité et l'universalité, notamment en matière éducative et de santé, rivalisent avec le service public « à la française » et assurent une bonne redistribution des richesses nationales tirées de l'exploitation du gaz et du pétrole. De même, cet héritage permet de comprendre l'absence de religion d'Etat, le Kazakhstan ayant conservé, quoique sous une forme renouvelée, une tradition de séparation des pouvoirs civils et religieux – aussi singulier que cela puisse paraître pour un Etat majoritairement musulman !

Mais, d'un autre côté, le pays est soucieux de prévenir toute nouvelle vassalisation au moment où deux périls pèsent sur sa souveraineté. D'abord, ceux que constituent pour lui les convoitises néo-impérialistes des autres puissances étatiques (et de leurs entreprises !) sur ses richesses nationales : outre que la Russie continue de le considérer comme relevant de sa sphère d'influence naturelle, celles-ci éveillent en effet l'appétit de la Chine et des pays occidentaux (ce qui permet de mieux comprendre l'accueil favorable réservé par le quai d'Orsay à notre projet). Ensuite, le pays doit faire face à la menace, plus insidieuse, des intégristes musulmans qui pénètrent ses frontières depuis l'indépendance, et dont les prêches radicaux rompent avec sa pratique traditionnellement ouverte de l'Islam. En même temps qu'elles éclairent l'intérêt du Kazakhstan pour les accords régionaux en Asie, ces différentes menaces permettent ainsi de comprendre son souci évident de chercher des solutions à ses problématiques internes dans d'autres traditions nationales et de multiplier les partenariats internationaux, pour ne pas se laisser enfermer dans un régionalisme purement continental.

Cette mise en perspective explique que le colloque se soit assez naturellement orienté vers trois axes de recherche.

Le **premier** porte, bien sûr, sur l'impact du régionalisme sur les Etats – encore qu'il serait plus juste de parler de régionalismes, au pluriel, tant ses manifestations sont nombreuses.

J. M. Amanzholov rappelle à ce titre que l'origine de l'expression est à rechercher dans la Charte de l'ONU. C'est en effet elle qui, en droit international, fonde l'existence des « accords » et « organismes régionaux ». A l'échelle de l'Asie, le Kazakhstan a réussi l'exploit d'initier en 1992 l'instauration d'une conférence de sécurité, associant tous les pays du

continent, après l'échec des initiatives chinoise, russe ou anglo-saxonnes (américaine et australienne notamment). Cette Conférence sur l'interaction et les mesures de confiance en Asie (CICA) est toutefois toujours en cours d'institutionnalisation. Pour pouvoir réussir sa mue en véritable organisation internationale et remplir efficacement son office, un traité devrait en effet clarifier la portée de ses décisions, ses missions ainsi que ses relations avec les autres organisations régionales ou internationales.

S. J. Aidarbaïev, le Directeur du département de droit international de l'Université Al-Farabi, dresse, pour sa part, un bilan mitigé de la CEI créé par l'Accord de Minsk du 8 décembre 1991 en remplacement de l'URSS. Alors que le traité ambitionnait à l'origine de créer une union intégrée d'Etats, il n'a débouché que sur une communauté à géométrie variable de zones économiques, dont la croissance est essentiellement tirée par la Biélorussie, la Russie et le Kazakhstan. Cette communauté est en outre fragile puisqu'elle a été contestée par la Géorgie et l'Ukraine, qui s'en sont toutes deux retirées. Mais une dynamique s'est malgré tout enclenchée, dès lors que la CEI est dotée d'une union commerciale et douanière, qu'elle s'apprête à se doter d'une union monétaire et que certains pays s'engagent plus avant dans le processus communautaire, comme l'Arménie, le Kirghizstan et le Tadjikistan. Peut-être faudrait-il aller plus loin et doter la CEI d'une véritable justice commune, à l'image de celle de l'Union européenne (UE), pour renforcer son intégration ? La question est en tout cas posée.

MM. Z. Sairambaeva et M. Kourmangaly et Mme J. Manabaeva font justement un zoom sur la Cour de la Communauté économique eurasiennne ou eurasiatique (CEEA) créée le 10 octobre 2000 entre la Fédération de Russie, la Biélorussie, le Kazakhstan, le Kirghizistan et le Tadjikistan. Sans doute cette communauté a-t-elle cessé d'exister du fait de son remplacement par l'Union économique eurasiatique (UEEA) fondée par la Biélorussie, le Kazakhstan et la Russie le 29 mai 2014. Mais les auteurs rappellent le rôle important joué par cette Cour du 1^{er} janvier 2012, date de son entrée en fonction, jusqu'au 1^{er} janvier 2015, date de sa dissolution. Du fait de son large pouvoir de saisine et du caractère contradictoire de sa procédure, elle est en effet apparue comme un élément important de l'intégration régionale, dès lors qu'elle était compétente pour interpréter et veiller au respect du droit communautaire originaire et dérivé par les Etats membres et les organes de la communauté.

P. Chabal opère un parallèle entre les régionalismes asiatiques (CSCAP, CICA, CEAP...) et européens (CSCE, Conseil de l'Europe...), en rappelant que la multiplication des régionalismes s'explique avant tout par des considérations contingentes : au sein d'un même continent, la superposition des structures procède de considérations contextuelles, liées aux nécessités du

moment, tandis que leur essor sur tous les continents est aujourd'hui, avant tout, une conséquence de l'avènement d'un monde multipolaire. Si leur but n'est, du moins au début de leur création, pas toujours clair, la tendance lourde est aujourd'hui d'en faire des instruments de pacification et de développement, et non plus de domination directe.

Cette coopération joue notamment dans le domaine de la protection de l'environnement comme le démontre A. Renaut-Couteau à partir de l'exemple de l'UE. Certes, en la matière, les Etats membres ont d'importantes marges de manœuvre, puisque le droit de l'Union leur laisse le soin de s'organiser comme ils veulent pour appliquer ses décisions. Mais il revient à la Commission et aux juridictions nationales de veiller, sous le contrôle de la CJUE, à ce qu'ils n'abusent pas de cette liberté pour compromettre l'efficacité et l'uniformité de ce droit commun de l'environnement.

M. Bruno pose toutefois l'ardente question de savoir si les régionalismes sont mortels à la lumière de l'expérience européenne. Malgré ses avancées, la construction communautaire traverse en effet une grave crise du fait de deux facteurs de « désunion ». Tandis que le premier tient aux importantes difficultés budgétaires auxquelles l'UE doit faire face, et qui mettent à rude épreuve la solidarité européenne, le second découle de la mise en concurrence, à laquelle le marché commun conduit en pratique, des Etats membres et de leurs travailleurs. L'année 2017 sera, de ce point, de vue une année décisive pour la survie du processus communautaire avec le référendum sur un éventuel « Brexit » et le rééquilibrage des droits de vote, au sein du Conseil de l'Union, en faveur des grands Etats historiquement membres, qui sont aujourd'hui les premiers à souffrir de la concurrence de la main d'œuvre « *low cost* » venue de l'Est.

Le **deuxième axe** de recherche a consisté à s'interroger sur la capacité des Etats à conserver une identité propre dans ce contexte de régionalisation.

K. N. Shakirov, le Doyen de la Faculté des Affaires internationales de l'Université Al-Faraby, rappelle à ce titre l'influence de la Constitution française du 4 octobre 1958 sur la Constitution kazakhe du 5 septembre 1995. Cette influence se retrouve notamment quant aux pouvoirs du président de la République en matière de politique étrangère et de défense. S'agissant d'Etats démocratiques, les prérogatives présidentielles en la matière sont, dans les deux pays, contrebalancées par celles des autres pouvoirs publics constitutionnels, et notamment du parlement et du gouvernement. Mais le chef de l'Etat ne jouit pas moins en la matière d'importants pouvoirs d'impulsion et d'action. Les premiers lui permettent de déterminer le contenu de ces politiques et d'assurer leur mise en œuvre par sa diplomatie personnelle, la nomination des ambassadeurs et son habilitation à négocier ou signer les

traités et à contester leur ratification parlementaire devant le Conseil constitutionnel. Ses pouvoirs d'action lui permettent, pour leur part, de prendre les mesures militaires immédiatement nécessaires pour faire face aux menaces pesant sur le pays. Ils l'habilitent même à prendre les pleins pouvoirs après en avoir informé le premier ministre et le parlement en cas d'atteinte à l'intégrité nationale ou à la continuité de l'Etat. La nécessité de permettre au chef de l'Etat de réagir vite face à des actes d'hostilités de la part des voisins russes ou chinois explique toutefois que le Conseil constitutionnel kazakh n'intervienne pas dans la procédure. S'il se comprend, ce pragmatisme soulève la question de la capacité des garanties actuelles à prévenir un coup d'Etat personnel et, par voie de conséquence, celle de l'opportunité d'une transposition plus complète des garde-fous prévus à l'article 16 de la Constitution française de 1958.

Z. K. Ayupova et D.U. Kussainov confirment l'influence de la Constitution française de 1958 sur le droit constitutionnel kazakh à partir de l'exemple de la justice constitutionnelle. Une telle justice est récente au Kazakhstan, puisque son introduction n'a véritablement été opérée que par loi constitutionnelle du 16 décembre 1991 avec la création d'une Cour constitutionnelle. Si la Constitution du 5 septembre 1995 la supprime, c'est pour la remplacer par un Conseil constitutionnel qui, en pratique, a fait la preuve de son efficacité. Celle-ci tient, d'une part, à ce que l'institution est investie d'une importante mission de résolution des conflits entre les pouvoirs publics constitutionnels (elle est juge des élections parlementaires, présidentielles et référendaires nationales et doit donner son avis sur le respect de la procédure en cas d'empêchement ou de destitution du chef de l'Etat) et de gardien du respect de la place de la Constitution dans la hiérarchie des normes (elle est compétente pour apprécier la constitutionnalité des lois et des traités ratifiés). Son efficacité procède, d'autre part, de l'indépendance qui lui est garantie tant d'un point de vue politique, par l'attachement que le peuple kazakh témoigne à l'institution, que juridique, du fait de l'existence d'un certain nombre de garanties constitutionnelles classiques (nomination par les plus hautes autorités de l'Etat sans renouvellement possible du mandat ; limitation de ce dernier à une durée de six ans ; incompatibilité avec les fonctions publiques ou électives nationales, etc.).

G. Mashimbaeva et J. Manabaeva confirment l'influence du droit français sur le droit kazakh à partir de l'examen comparé des lois n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et n° 195-I du 5 décembre 1997 relatives à l'exercice de la profession d'avocat, respectivement en France et au Kazakhstan. L'expérience française a en effet permis de faire des avocats une garantie satisfaisante de l'Etat de droit kazakh au lendemain de l'indépendance. Cette transposition

s'est toutefois faite sous réserve d'adaptations, entre autres illustrées par le pouvoir du ministre de la justice kazakh de délivrer l'autorisation administrative d'exercer la profession et les limites du secret professionnel qui lui est en principe reconnu. La dynamique de développement dont bénéficie le Kazakhstan rend ainsi nécessaire un renforcement des garanties d'indépendance dont jouissent les avocats, en poussant plus avant le rapprochement avec le droit français.

S. N. Sabikenov montre que, au delà de la France, ce sont les Etats européens dans leur ensemble qui influencent certains aspects du droit kazakh, notamment en ce qui concerne le cadre juridique des libertés de culte et de religion. Sous l'emprise soviétique, la laïcité se réduisait à un instrument de lutte impitoyable de la puissance publique contre toutes les croyances. En réaction, le Kazakhstan s'est donc efforcé, au moment de son indépendance, d'opérer une véritable séparation de l'Eglise et de l'Etat qui permette le respect de ces deux libertés essentielles. Cette entreprise s'est toutefois vite trouvée confrontée aux limites de son succès, avec l'arrivée sur le territoire national d'islamistes intégristes. C'est pourquoi le Kazakhstan s'interroge désormais sur l'opportunité d'opérer une sorte de synthèse entre l'héritage européen et l'approche juridique des pays de culture islamique sur la question de la relation de l'Etat et de la religion.

Mais une telle synthèse est-elle possible ? L'apport de la contribution de P. Gast est, à partir d'un état des lieux des droits français et européen, d'inviter à une grande prudence sur ce point. Car, rappelle-t-il, les traditions chrétienne et musulmane s'opposent sur la relation des pouvoirs civils et religieux. Alors que, suivant l'injonction du Christ de « rendre à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu », la première tradition rejette le pouvoir de l'Eglise en dehors de la sphère politique, la seconde, au contraire, met la puissance étatique au service de la religion. La laïcité peut toutefois s'entendre de deux manières, d'une façon inclusive ou, à l'inverse, exclusive. Alors que la première correspond à la logique concordataire du traité du 15 juillet 1801 et revient à faire reconnaître et financer tous les cultes par l'Etat, la seconde correspond à la logique de séparation nette entre le pouvoir civil et religieux que la loi du 9 décembre 1905 avait voulu mettre en place, en affirmant qu'à l'avenir l'Etat ne reconnaîtrait ni ne subventionnerait aucun culte. En pratique cette tentative a échoué et le droit français se rapproche du droit européen en ce qu'il continue en réalité de mettre en œuvre la logique concordataire, ce qui n'est pas sans poser de difficultés. Outre qu'elle habilite l'Etat à encadrer ou limiter, pour des motifs d'intérêt général, les libertés privées ou publiques nécessaires à l'exercice de la liberté de religion, cette approche de la laïcité conduit, en effet, à la mise en place d'un principe de non discrimination qui

favorise, paradoxalement, les différences de traitement entre les cultes et les croyants, au profit des religions bien établies ou les plus revendicatives et au détriment des minorités religieuses silencieuses. Pour surmonter ces difficultés, le droit français devrait renouer avec le projet initial de la loi de 1905. Malgré tout, le souvenir des abus soviétiques ne doit pas dissuader le Kazakhstan de consacrer la laïcité, car seule cette dernière permet d'assurer efficacement le respect de la liberté de religion et l'égalité des cultes et des croyants dans un Etat démocratique.

A. G. Toussoupova révèle implicitement une autre source d'influence importante pour le droit kazakh. Son propos est en effet de montrer que l'administration du pays connaît, depuis son indépendance, de profondes mutations, tendant à en faire une administration moderne, répondant aux standards internationaux. Le président de la République kazakhe a, à ce titre, lancé en 2012 d'importantes réformes visant à faire entrer le pays dans les 30 pays les plus compétitifs du monde à l'horizon 2015. Pour ce faire, celles-ci tendent à assurer un meilleur contrôle de la dépense publique, à professionnaliser davantage les préposés de l'administration et à décentraliser le processus décisionnel de façon plus poussée.

Notre propos a été de montrer que ces différentes réformes sont révélatrices de l'influence des pays anglo-saxons – au premier rang desquels figurent bien sûr les Etats-Unis – sur le Kazakhstan. Par le jeu des grandes organisations internationales (du FMI notamment), ces derniers sont en effet à l'origine de la vague mondiale tendant à faire du *New public management* (Nouvelle gestion publique) l'alpha et l'oméga de la réforme de l'Etat. Or il s'agit notamment à travers lui de convertir le reste du monde à leur conception de la Fonction publique, le système de l'emploi (par opposition à celui de la carrière) d'une façon qui combine ses deux variantes : les *spoils-* et *merit systems*. Non seulement en effet les réformes préconisées reposent sur moins de fonctionnaires et plus de contractuels, mais elles visent à reconnaître un pouvoir d'embauche direct aux chefs de services et à assurer une promotion à la performance des agents. Le *New public management* apparaît ainsi comme une version « *new look* » du système de l'emploi, révélatrice de l'influence des pays anglo-saxons sur les réformes actuelles de l'administration kazakhe et française.

Le **troisième** et dernier **axe** de recherche a consisté à s'interroger sur le rôle et la place du droit international (public et privé) dans ce contexte de régionalisation et d'influence croisée des différents droits nationaux.

G. Lebreton montre, à partir de l'exemple de la France, que les Etats ne sont pas seulement dans une relation passive vis-à-vis de lui. Historiquement en effet, la France a contribué à l'édification d'organisations mondiales

chargées du maintien de la paix, puisqu'il ne faut pas oublier que la Société des Nations, l'ancêtre de l'ONU, a été créée, outre à l'initiative du président américain Woodrow Wilson, à celle du Français Léon Bourgeois (1851-1925) qui en a été le premier président en 1919 et a reçu à ce titre le prix Nobel de la paix en 1920. Si on remonte encore davantage le temps, on se rend compte que la France a, en outre, contribué à l'édification du droit international public. C'est en effet la France de Mazarin qui a imposé au monde, par les traités de Westphalie de 1648, sa conception, héritée de Jean Bodin (1530-1596), d'un ordre international composé d'Etats souverains. Or, non seulement la République est par la suite intervenue à de nombreuses reprises pour veiller à ce que cette souveraineté soit respectée (v. par ex. CPJI 7.9.1927, Aff. du Lotus), mais elle a toujours pesé pour que le droit international reconnaisse une conception de la souveraineté qui respecte la volonté des peuples. C'est ainsi qu'elle a, dans la période récente, été à l'origine de la consécration de la « responsabilité de protéger », dérivée du « droit d'ingérence humanitaire » imaginé par le français Bernard Kouchner. Cette règle a en effet été expressément consacrée par le Conseil de sécurité de l'ONU, dans ses résolutions 1970 du 26 février 2011 et 1973 du 17 mars 2011 concernant la Libye, pour permettre à l'organisation de se substituer à un Etat défaillant, incapable de protéger sa population.

G. Lô rapproche cette évolution d'une autre évolution en gestation portée par la même « ferveur démocratique » et étant appelée à avoir une incidence sur les Etats du monde entier : celle de la création d'une Cour constitutionnelle internationale (CCI). Cette initiative, portée à l'origine en Tunisie par M. Moncef Merzouki, rappelle celle qui a mené à la création de la Cour pénale internationale. Dans l'esprit de M. Merzouki en effet, cette « Cour mondiale de la démocratie » devait constituer l'ultime recours des peuples en cas de défaillance des juridictions nationales pour assurer le respect de la transparence électorale et des engagements internationaux des Etats en matière de droits fondamentaux. Pour être efficace, elle devait en outre pouvoir être saisie largement, y compris par les particuliers, et condamner l'Etat défaillant à réparer le préjudice. Elu président de la Tunisie à la faveur de « la Révolution du Jasmin », il a par la suite constitué un groupe d'experts internationaux chargés d'assurer la mise en forme de ce projet, avec la contribution spontanée d'une centaine de professeurs de droit international public et constitutionnel. Ce succès a conduit l'Union africaine à s'emparer du sujet pour confier l'examen de sa faisabilité à son Comité de droit international. Si on en est là aujourd'hui, la création de cette cour serait un formidable moyen de prévenir les coups d'Etat personnels, préjudiciables à la démocratie, en Afrique et partout dans le monde.

H. Gaba confirme l'influence du droit international public sur le droit régional à partir des règles de l'Union européenne relatives aux salariés handicapés. A l'origine en effet, la CJCE (l'ancêtre de la CJUE) a interprété d'une façon restrictive la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 applicable à la matière. Dans une décision du 11 juillet 2006, elle a en effet considéré que ce texte ne bénéficiait pas aux personnes malades, motif pris de ce que « maladie » et « handicap » étaient deux notions distinctes. Cette interprétation était toutefois contraire à la Convention de l'ONU sur les droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006. C'est pourquoi sa ratification par l'Union a finalement conduit la CJUE à admettre, sous certaines conditions, une assimilation des deux notions dans une décision du 11 avril 2013, en définissant le handicap comme une limitation durable et causée, résultant notamment d'atteintes physiques, sensorielles, mentales ou psychiques, qui compromet la pleine et effective participation du travailleur à la vie professionnelle de l'entreprise. Cette évolution est plus favorable aux salariés concernés, dès lors qu'elle limite les pouvoirs de licenciement de l'employeur et l'oblige à prévoir des aménagements raisonnables et des mesures de réduction du temps de travail à leur profit.

La relation qui unit le droit international public au droit régional est encore mise en lumière par K. J. Altaeva à partir des problèmes soulevés en Asie par l'usage de l'eau transfrontalière. Les tensions qui existent en la matière tiennent autant à l'attitude des Etats d'aval (Ouzbékistan, Turkménistan...), qui invoquent le droit international écologique pour exiger la fin des pollutions, que des Etats d'amont (Tadjikistan et Kirghizstan), qui se prévalent au contraire du droit international économique pour revendiquer leur droit au développement et justifier la poursuite des nuisances liées à leur industrialisation. La ratification par tous les protagonistes de la Convention du 18 mai 1992, sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, pourrait permettre de surmonter ces oppositions, en servant de cadre à la conclusion d'accords régionaux. Ce serait en effet un moyen efficace de concilier souveraineté des Etats et principes de base du droit international de l'environnement, dès lors que l'efficacité de ces accords serait assurée par la mise en place d'un certain nombre d'organes communs dont la création est prévue par la convention.

S. M. Sylkina confirme que le régionalisme n'ôte pas son intérêt au droit international public au travers des problèmes éthiques et moraux soulevés par l'utilisation des cellules souches. Au nom des perspectives médicales prometteuses qu'offre leur utilisation dans le traitement de nombreuses maladies, certains savants peu scrupuleux n'hésitent pas à expérimenter sur l'embryon pour les extraire, avec la complicité des Etats dont le cadre

juridique n'est généralement pas assez contraignant en la matière. C'est du moins ce que révèlent les exemples anglo-saxons (américain, australien, anglais), français ou encore kazakh, dès lors que chacun de ces pays refuse de considérer l'embryon comme une personne humaine dotée de la personnalité juridique et autorise en conséquence que des expériences soient menées sur lui. Certes, cette autorisation est-elle généralement conditionnée au respect de certains principes énoncés par la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la bio-médecine du 4 avril 1997 et ses protocoles additionnels (interdiction de toute forme de marchandisation ; intervention d'une autorité de régulation chargée, d'évaluer la faisabilité des recherches, de les autoriser et de les contrôler ; nécessité du consentement éclairé du donneur et de la confidentialité des informations...). Mais tous les Etats ne l'ont pas ratifiée et ces garanties paraissent de toute façon insuffisantes faute de sanctions efficaces permettant de dissuader ou réprimer toute recherche à fins commerciales, industrielles ou militaires. C'est pourquoi un durcissement du droit international applicable en la matière apparaît souhaitable, afin de créer de véritables standards encadrant l'utilisation des cellules souches.

B. Bourdelois quitte le domaine du droit international public pour s'intéresser aux rapports du régionalisme et du droit international privé, chargé de régler les conflits de lois opposant les Etats à propos des situations juridiques rattachables à leur territoire. En la matière, on a certes assisté en Europe à la « communautarisation » (on doit dire « européanisation » désormais) de la coopération judiciaire en matière civile, avec le traité d'Amsterdam de 1997, dans le but, outre d'assurer une circulation sans obstacle des décisions judiciaires et de certains actes sécurisés (tels les titres exécutoires ou certains actes notariés), de mettre fin au *forum shopping* (consistant pour le demandeur à choisir le juge qui lui sera le plus favorable) en unifiant les règles applicables dans les Etats membres. Mais cette évolution n'a pas bouleversé les principes fondamentaux du droit international privé. D'une part, elle s'est en effet faite en respectant sa méthode classique, dite conflictuelle, qui consiste à rechercher la loi compétente au regard de critères objectifs de rattachement. Et, d'autre part, le droit international privé continue de s'appliquer aux frontières extérieures à l'Union. Outre les relations entre Etats tiers à l'Union européenne, il continue en effet de régir celles de ces derniers avec les Etats membres conventionnellement liés à eux (comme par exemple par les accords de La Haye). Bien que la cohabitation entre les réglementations européenne et internationale soulève parfois la question de l'existence d'une hiérarchie entre elles, le droit international privé conserve donc tout son intérêt, dès lors qu'il sert de support à la bonne mise en œuvre de la régulation européenne.

Arrivé au bout de cet ouvrage, on ne doutera plus qu'« il se tire une merveilleuse clarté, pour le jugement humain, de la fréquentation du monde », comme l'écrivait Montaigne, tant apparaissent nombreuses les problématiques communes à la France et au Kazakhstan (tensions religieuses, modernisation de l'administration, sécurisation du territoire face à la menace étrangère ou terroriste, difficultés économiques...) et aux organismes régionaux dont ils sont membres (tensions entre les Etats participants ; mise en œuvre d'unions à géométrie variable ; difficultés liées à la détermination du droit applicable dans les litiges commerciaux impliquant des parties de nationalités différentes ...).

L'attitude de la Russie vis-à-vis de l'Ukraine amène notamment à s'interroger sur l'articulation des différents régionalismes : un Etat peut-il, aujourd'hui, librement choisir l'organisme régional à laquelle il appartient ? Les organismes régionaux sont-ils dans un rapport de complémentarité, de nature à favoriser le progrès économique et, à travers lui, social, de chacun, ou de « concurrence »¹, plus enclin à attiser les tensions entre les continents, malgré l'objectif affiché d'en faire des instruments de paix et de développement ? En un mot : les organismes régionaux sont-ils un atout ou une faiblesse pour l'efficacité du droit international et le respect de la souveraineté des Etats ? Voilà une intéressante question qui rend indispensable, si l'on en doutait, l'organisation de nouvelles rencontres franco-kazakhes.

¹ Sur cette question, v. Chabal P. (dir.), *Concurrence interrégionale Europe-Asie au XXIe siècle*, Bruxelles, PIE 2015, 393 p.

AXE 1

L'IMPACT DU REGIONALISME SUR LES ETATS

LES TROIS CLARIFICATIONS NECESSAIRES A LA TRANSFORMATION DE LA CICA EN VERITABLE ORGANISATION INTERNATIONALE DE SECURITE COLLECTIVE EN ASIE

Par
J. M. AMANZHOLOV
Maître de conférences en droit international public
à l'Université al-Farabi

Mots clés : Charte de l'ONU – Accords régionaux – Organismes régionaux – CICA.

Au point de vue juridique, le « régionalisme » trouve son origine dans le chapitre VII (article 51) et surtout le chapitre VIII (articles 52, 53, 54) de la Charte des Nations unies. Ce dernier reconnaît en effet expressément la validité des « accords » ou « organismes régionaux » implicitement évoqués par le premier.

Malgré cette assise juridique claire, le régionalisme se révèle à l'usage être un « concept complexe et multiforme, dont l'étude exige une approche interdisciplinaire »¹. Car il n'existe pas de définition unanimement acceptée par tous de ce mot, en droit international comme dans les autres sciences humaines et sociales. De sorte que cette notion reste « toujours difficile à définir *a priori* »².

¹ Sulaimoni C., *Le processus de formation de la sécurité régionale en Asie centrale*, Moscou, 2006, p. 38

² Makarychev A.A., « Les frontières occidentales de la Russie: problèmes de sécurité et régionalisme transnational », *Working Papers du Centre Carnegie de Moscou*, 1999, n° 8, p. 7.

Une majorité d'experts s'accorde toutefois pour présenter le « régionalisme » comme une interdépendance d'Etats, en particulier d'Etats voisins, conduisant à l'organisation et à la mise en œuvre de formes de coopération ou de partenariat, institutionnalisées ou non, en matière politique, militaire, économique et humanitaire notamment, afin d'assurer une protection maximale de leurs intérêts nationaux, sur la base d'objectifs communs. Cette collaboration favorise l'apparition d'une « conscience communautaire » et d'un sentiment « d'identité » favorable à une dynamique de développement défini en partenariat³.

Ainsi entendues, de nombreuses organisations régionales institutionnelles existent à travers le monde, de l'OTAN (l'Organisation du traité de l'Atlantique nord), à l'OEA (l'Organisation des Etats américains) en passant par l'UE (l'Union européenne) et l'UA (l'Union africaine) par exemple.

De ce point de vue, il existe une spécificité asiatique. Bien qu'il représente plus de la moitié de la population mondiale avec 3,5 milliards d'hommes vivant sur un espace de 43,4 millions de km²⁴, le continent n'a en effet pas de système harmonisé et construit de sécurité collective : les Etats de la région sont membres soit d'organisations subrégionales, dont le nombre d'Etats membres est restreint (LEA (Ligue des Etats arabes), ANASE (Association des nations de l'Asie du Sud-Est)), soit d'entités interrégionales (OTSC (Organisation du traité de sécurité collective), OCS (Organisation de coopération de Shanghai), OCI (Organisation de la conférence islamique), CEAP (Coopération économique pour l'Asie-Pacifique)), qui ne recourent pas les Etats du continent.

Durant la seconde moitié du XX^e siècle pourtant, un certain nombre de pays ont défendu l'idée d'un traité régional permettant d'assurer la sécurité des Etats du continent asiatique. Au moins trois initiatives peuvent être citées ici : d'abord, celle de l'ancien Premier ministre chinois, Zhou Enlai, formulée dès les années 1950 et tendant à établir une association des pays asiatiques et des Etats-Unis, reposant sur le respect réciproque des principes de la Déclaration sur la paix et la coopération internationale de Bandung du 24 avril 1955. On peut ensuite évoquer la proposition, datant des années 1986-1988, de l'ancien président soviétique, Mikhaïl Gorbatchev, de convoquer une conférence universelle sur la sécurité dans la région Asie-Pacifique réunissant tous les

³ Kowalski N.O., « Le rapport entre la mondialisation et le régionalisme », in *La mondialisation et le régionalisme*, Moscou, 2001, p. 7. V. aussi Milgin A.V., « L'Europe et la Méditerranée : le problème de l'unicité de l'espace, de la sécurité et de la coopération interrégionale », in *l'Est/l'Ouest: les sous-systèmes régionaux et les problèmes régionaux des relations internationales*, Moscou, 2002, p. 213-238.

⁴ *Rossiyskaya gazeta* du 19.2.2008.

pays concernés, indépendamment de leur système socio-politique ou de l'orientation de leur politique étrangère⁵. Enfin, on peut citer l'initiative de l'ancien ministre australien des Affaires étrangères, Gareth Evans, formulée en juillet 1990, à l'occasion de la conférence ministérielle de l'ASEAN, et tendant à la mise en place d'une conférence sur la sécurité et la coopération en Asie, sur le modèle de la CSCE (Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe) ou de l'OSCE (Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe).

Aucune de ces initiatives n'ayant abouti⁶, le Kazakhstan a relancé le processus en proposant le 5 octobre 1992 l'organisation d'une Conférence sur l'interaction et les mesures de confiance en Asie (CICA), lors de la 47^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette proposition a eu plus de succès que les précédentes, puisqu'elle a effectivement débouché sur la création en trois étapes d'une « communauté de sécurité pan-asiatique » sur un « espace assez étendu »⁷.

A l'initiative du Kazakhstan, une prochaine conférence, présidée par la Turquie, doit se tenir afin de finaliser la quatrième étape du processus de création de cet organisme régional. Celle-ci est très ambitieuse puisqu'elle vise à la pallier aux insuffisances de la CICA⁸ pour la transformer en une organisation internationale. Mais qu'elles sont les conditions juridiques du succès de cette entreprise ? Quelles dispositions matérielles devraient, en d'autres termes, être contenues dans un nouveau traité pour véritablement permettre cette transformation de la CICA en une véritable organisation internationale de sécurité collective en Asie ?

⁵ Onikova L.A. et Chichlina N.V. (dir.), *Dictionnaire politique abrégé*, Moscou, 1989, p. 15.

⁶ Les propositions soviétiques soit ont été rejetées par la plupart des pays asiatiques qui ont craint d'y voir une union militaire (*Asia-Pacific Crossroads: Regime Creation and the Future of APEC*, New-York, 1989, p. 6), soit n'ont pas obtenu le soutien des Etats-Unis qui craignaient que cela ne consolide « la position de l'Union soviétique dans la région » (Chung O. N. : « *Solving the security Puzzle in Northeast Asia : A Multilateral security Regime* », *CNAPS Working Paper*, 1^{er} septembre 2000). Ces derniers ont d'ailleurs formulé une proposition alternative, tendant à la signature du Pacte ANZUS du 1^{er} septembre 1951, qui, d'après son préambule est une étape transitoire dans la création « d'un système plus étendu de sécurité régionale en Asie Pacifique ». Il est par ailleurs à noter que l'idée de la création d'un modèle asiatique de l'OSCE a également été rejetée par les pays membres de l'ASEAN, par crainte qu'elle ne conduise à un affaiblissement de leur identité régionale (Sevastyanov S.V., *Les organisations intergouvernementales en Asie Est. L'évolution. L'efficacité. La participation russe*, Vladivostok, 2008, p. 184).

⁷ Fuller G. E., *Central Asia*, Santa Monica, 2000, p. 13.

⁸ Mises en lumière in « Expert Opinions on Conference on Interaction and Confidence Building Measure on Asia (CICA) », in *Center for Eurasian Studies (Turkey)*, 8.6.2010.

A l'analyse il semble qu'un tel traité doive procéder à une triple clarification : une clarification de la portée des décisions arrêtées au sein de la Conférence (I) ; une clarification des missions de la Conférence (II) ; et, enfin, une clarification des relations de la Conférence avec les autres organisations internationales de sécurité collective (III).

I. LA CLARIFICATION DE LA PORTEE DES DECISIONS DE LA CONFERENCE

Plusieurs documents fondamentaux ont été adoptés pour préciser les obligations mutuelles des États membres de la CICA. Certains, comme l'Accord sur les privilèges et immunités des représentants de la Conférence, sont de véritables traités internationaux, au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Mais la plupart – comme la Déclaration de Principe de 1999, l'Acte d'Almaty de 2002 ou encore le Catalogue de mesures de confiance de 2004 – s'analyse comme de simples recommandations, bien qu'ils aient été signés par les chefs d'États impliqués. Ils sont en effet dépourvus de force juridique contraignante, faute de prévoir des mesures effectives de transposition dans les législations nationales ou des mécanismes de contrôle ou de sanction efficaces en cas de violations de leurs dispositions. Cette situation n'est pas propre à la CICA, dans la mesure, par exemple, où l'OSCE et l'APEC régulent le comportement de leurs membres davantage au moyen des procédés de cette la « zone grise du droit » que constitue la « *soft law* », qu'à l'aide de mécanismes proprement juridiques. Mais cette situation conduit à un décalage entre les objectifs déclarés et les résultats réels de la CICA, de nature à compromettre son succès. Deux solutions complémentaires pourraient toutefois facilement être envisagées pour remédier à cette lacune.

En premier lieu, les décisions prises dans le cadre de la Conférence (et notamment la Déclaration de principes de 1999 et l'Acte d'Almaty de 2002) devraient être reprises dans un document final appelé à être, d'une part, ratifié par tous les États membres signataires et, d'autre part, enregistré auprès du Secrétariat de l'ONU. De cette façon, non seulement le texte aurait en effet valeur de traité international, mais il pourrait être invoqué devant les institutions de l'ONU, conformément aux dispositions de l'article 102 de la Charte.

Ensuite, les accords « de bonne volonté » (*commitments*), sans véritable portée juridique, mais contraignants moralement et politiquement, ne devraient être adoptés que par défaut, et de façon très précise, après évaluation des avantages et inconvénients de cette solution par rapport à l'élaboration d'un véritable accord international.

Si cette première clarification apparaît nécessaire à la transformation de la CICA en véritable organisation internationale, cette évolution passe aussi par une clarification des missions de la Conférence.

II. LA CLARIFICATION DES MISSIONS DE LA CONFERENCE

Il ressort de la dénomination même de la CICA qu'elle tend à l'élaboration de « mesures de confiance » entre Etats membres. Dans l'absolu, il s'agit au travers de cette expression d'assurer une véritable coopération dans cinq domaines : en matière militaire, politique, économique, environnementale et humanitaire.

Une vingtaine d'années de fonctionnement de la Conférence montre toutefois que ces différents domaines de coopération font l'objet d'un traitement variable qui nuit à l'efficacité des actions menées. Deux pistes, là encore complémentaires, devraient ainsi être explorées pour permettre à la Conférence de mieux remplir ses objectifs.

Il faudrait, tout d'abord, que la Conférence priorise davantage ses actions, en mettant l'accent sur certaines questions politiques et militaires sensibles, comme celles ayant trait à la résolution des conflits ou litiges en cours (par exemple ceux impliquant l'Inde et le Pakistan ou Israël et la Palestine). Cela ne veut pas dire que les autres domaines seraient abandonnés. Leur réalisation dépendrait seulement davantage de la démocratisation progressive des pays asiatiques et de leur capacité à se convertir à l'économie de marché tout en préservant leurs particularités nationales et régionales.

Il faudrait, ensuite, que les Etats membres acceptent de déléguer certains de leurs droits souverains à la Conférence, comme l'ont fait leurs homologues européens⁹. Cela permettrait la mise en place conventionnelle de mécanismes de règlement des conflits, efficaces car indépendants des pays membres. Ces mécanismes pourraient être d'ordre juridictionnel, et prendre la forme d'un tribunal spécial ou permanent ; mais il pourrait aussi s'agir de modes alternatifs de règlements des conflits, tels que la conciliation ou l'arbitrage par exemple.

De telles mesures pourraient véritablement permettre d'améliorer les perspectives pour la paix et la sécurité en Asie. Mais le succès de l'entreprise suppose enfin de clarifier les relations de la Conférence avec les autres organismes intervenant en matière de sécurité.

⁹ Stobdan P., « Regional Security issues in Central / South Asia and potential for cooperation » in *Strategic Analysis*, University of Newcastle, 2012.

III. LA CLARIFICATION DES RELATIONS DE LA CONFERENCE AVEC LES AUTRES ORGANISMES REGIONAUX

Une question émerge constamment : comment éviter la simultanéité, la concurrence et les contradictions de la CICA avec d'autres groupements d'Etats asiatiques ? Comment en d'autres termes diviser les tâches entre les différents instruments de sécurité dont les membres ou les actions recourent ceux ou celles de la Conférence ?

Une solution actuellement trouvée consiste pour la CICA à coopérer, au niveau mondial, avec l'ONU et, au niveau régional, avec l'OSCE, la Communauté économique eurasiennne, l'OIM (l'Organisation Internationale pour les Migrations), l'OCS ou encore l'OCI pour la résolution de tels ou tels problèmes de sécurité. Sans nier l'importance de tels partenariats, force est de constater qu'ils sont insuffisants dans un contexte de prolifération des structures régionales. Surtout lorsque, comme en Asie, elles associent des Etats différents dans une situation économique, environnementale, politique etc. pourtant de plus en plus imbriquée par le jeu de la mondialisation.

Pour remédier à cette lacune, la CICA devrait élaborer une stratégie globale de collaboration avec les autres organismes régionaux et la matérialiser dans une décision de la conférence des ministres des affaires étrangères (vu qu'il n'existe pas d'organe permanent représentant les chefs d'Etats et de gouvernements) ou dans un document final élaboré lors d'un des sommets programmés.

Pour être efficace, une telle stratégie devrait en outre reposer sur deux piliers complémentaires. D'abord, sur une volonté d'étendre les relations de la CICA à l'ASEAN, l'APEC, l'ASACR (Association sud-asiatique pour la coopération régionale), l'ADC (l'Association de développement et de coopération) et à tous les autres organismes régionaux en cours d'apparition, en leur offrant le statut de membres ou d'observateurs au sein de la Conférence. Un tel statut permettrait en effet, non seulement de procéder à l'unification des méthodes de résolution des problèmes régionaux dans les domaines d'intérêt commun, mais aussi de prévenir toute exclusion propice à confrontation. Ensuite, il conviendrait de conclure des accords de coopération entre le secrétariat de la Conférence et les organes des autres structures régionales, de façon à permettre l'inscription des problèmes d'intérêts communs à l'ordre du jour de chacun.

* *

*

En conclusion, cette triple clarification – de la portée des décisions prises par la conférence, de ses missions et de ses relations avec les autres organismes de sécurité collective – s'impose si on veut que la CICA soit un acteur efficace de la sécurité et de l'aide au développement en Asie.

LE BILAN MITIGE DE LA CEI¹

Par

S. J. AIDARBAÏEV

Professeur de droit

Directeur du Département de droit international
de la Faculté des relations internationales
de l'Université al-Farabi

Mots clés : Accords de Minsk du 8 décembre 1991 et 22 janvier 1993 – CEI – Espace économique commun – Marché commun – Union douanière – Union monétaire.

Les vingt années qui ont passé depuis la désagrégation de l'Union Soviétique ont été déterminantes pour nombre de pays d'Asie centrale. L'indépendance les a en effet exposés à de graves crises, non encore intégralement résolues.

Ces crises sont de nature à la fois sociale, avec la remise en cause des droits sociaux garantis par l'ancien régime « socialiste », politique, avec la tentation de certains Etats (Ukraine, Géorgie, Moldavie et Azerbaïdjan) de se rapprocher de l'Occident, et économique, avec la conversion brutale de ces pays à l'économie libre de marché.

Sans doute la crise de 2008 n'a-t-elle fait qu'aggraver les difficultés en ce domaine. Mais bien avant sa survenue, les pays les plus pauvres (Kirghizstan, le Tadjikistan, la Moldavie, la Géorgie et l'Arménie) avaient dû subir la concurrence mondialisée tandis que les Etats riches en ressources naturelles (Kazakhstan et Azerbaïdjan) avaient dû affronter la convoitise des États-Unis, de la Chine et de la Russie.

Cette dernière a d'ailleurs eu le souci de préserver sa sphère d'influence dans la région dès la chute de l'URSS, comme cela ressort de la création de la CEI par l'Accord de Minsk du 8 décembre 1991.

¹ V. Aidarbaïev S. J., « Les processus d'intégration sur l'espace postsoviétique », *Recueil de documents internationaux juridiques*, Almaty, 2007, p. 8 s.

Ce texte a permis d'éviter un scénario balkanique, en prévenant les conflits armés à grande échelle dans l'espace postsoviétique. La CEI a en effet offert aux chefs d'États un forum de discussion, leur permettant de se rencontrer de manière régulière afin d'atténuer les conséquences de la désagrégation de l'Union Soviétique et d'essayer de sortir de la crise grâce à des efforts communs. Comparé à son ambition initiale de créer une communauté d'États également intégrés (I), la CEI apparaît toutefois comme un succès en demi-teinte, dès lors qu'elle a à ce jour permis la seule création d'une communauté à géométrie variable, formée de divers espaces économiques (II).

I. D'UNE UNION INTEGREE D'ETATS...

L'article 7 de l'Accord de Minsk et la déclaration d'Alma-Ata du 21 décembre 1991 ont en commun de faire de la CEI un instrument de « coopération pour la formation et le développement d'un espace économique commun, des marchés européen et eurasien »

S'il s'ensuit que la CEI n'a pas été d'emblée conçue comme une entité d'intégration, mais de coopération, l'intégration apparaît bien, dès l'origine, comme son objectif ultime. Quoiqu'alors implicite, cette finalité sera expressément mise en valeur par les traités ultérieurs. D'une part, l'article 19 de la Charte de la CEI signée à Minsk le 22 janvier 1993 cite une dizaine de domaines de coopération économique et sociale devant donner naissance à une véritable intégration sous forme « d'un espace économique commun » construit « sur la base du libre-échange, de la libre circulation des biens, des services, des capitaux et de la main-d'œuvre ». D'autre part, l'article 4 du Traité de Moscou du 24 septembre 1993 réaffirme la création progressive de cette union économique intégrée en précisant qu'elle se fera en 4 étapes. Tandis que la première devait tendre à la création d'une zone de libre-échange, la seconde devait déboucher sur une union douanière, la troisième sur la mise en place d'un marché commun des biens, des services, des capitaux et du travail et, la dernière, sur la création d'une zone monétaire. Chacune de ces étapes devait en outre être marquée par un nouvel accord.

Si de tels accords ont effectivement été conclus, à l'image par exemple de ceux des 15 avril 1994 et 20 janvier 1995, respectivement relatifs à création de la zone de libre-échange et de l'Union douanière, ces traités n'ont pas conduit à l'Union intégrée d'États dont rêvait initialement la Russie.

L'intégration réelle et totale des États membres est en effet vite devenue quasiment impossible sous la conjonction de deux facteurs. Tandis que le premier tient à au caractère inconciliable des préférences géopolitiques et économiques de certains membres (que l'on songe au rapport de l'Ukraine et

de la Russie), le second découle de l'influence – pour ne pas dire l'attractivité – exercée par d'autres structures de coopération sur certains Etats membres.

Le processus d'intégration s'est ainsi trouvé bloqué, empêchant la CEI de tenir ses promesses en terme de croissance, dès lors que sa part dans le PIB mondial n'a cessé de diminuer, en passant de 4% en 1997 à 3,5% en 2000 puis à 3% en 2005 et à 2 % en 2014.

Pour autant la CEI n'est pas complètement un échec, dès lors qu'elle a permis une union à géométrie variable d'espaces économiques.

II. ... A UNE UNION A GEOMETRIE VARIABLE D'ESPACES ECONOMIQUES

L'orientation de la CEI n'a pas empêché les Etats ayant des intérêts géopolitiques et économiques plus homogènes de profiter de son cadre pour approfondir leur coopération. Outre les accords commerciaux et douaniers précités, la communauté a notamment servi de terreau à la création en 1996 du GUAM (l'Alliance de la Géorgie, de l'Ukraine, de l'Azerbaïdjan et de la Moldavie), en 2000 de la Communauté économique eurasiatique (remplacée depuis 2014 par l'Union Eurasiatique économique) et en 2003 de l'Espace économique commun Kazakhstan-Russie-Biélorussie.

Les Etats membres avaient d'ailleurs anticipé une telle évolution, puisque le Conseil des chefs d'Etat de la CEI avait développé dès le 28 mars 1997 une nouvelle conception de l'intégration, mettant l'accent sur la création d'un Espace économique commun (EEC). Il s'agissait à travers cette expression, non plus d'instaurer une Union intégrée d'Etats, mais de créer une communauté de différents espaces économiques qui, quoique formés d'Etats membres, connaissent des degrés différents d'intégration (allant de fortement intégrés à faiblement intégrés en passant par moyennement intégrés) et sont régis par leur propre système d'accords. Sans doute l'objectif restait-il la libre circulation des biens, des services, du travail et du capital. Mais il était admis que cet objectif soit d'abord formé par la coopération au sein de la CEI de groupements d'Etats hétérogènes.

Cette nouvelle structuration de la Communauté présentait l'avantage de rendre possible la coexistence d'Etats ayant non seulement des niveaux de développement économique différents, mais aussi des degrés différents d'implication dans la mise en œuvre des mesures d'intégration. Grâce à l'EEC, chaque Etat membre pouvait en effet avoir la possibilité de contribuer à la CEI, dans des conditions qui satisfassent autant les exigences nécessaires à l'adoption d'une stratégie commune que leurs intérêts propres, compte tenu de leur situation économique ou de leurs ressources.

Deux scénarii (scénarios) de développement étaient envisagés dès 1997 sur la base de cette nouvelle approche : celui d'une nouvelle impasse, tout d'abord, avec une absence persistante d'intégration des Etats autre que celle existant au sein des différentes zones de libre-échanges ; celui de l'enclenchement d'une dynamique positive au contraire favorable à une réelle intégration étatique, ensuite, à partir des différents noyaux de coopération ainsi créés. Dans ce dernier cas, des études estimaient que la part de la communauté dans la production du PIB mondial aurait pu dépasser les 11% à l'horizon 2020. Or, ces deux scénarios se sont en quelque sorte réalisés.

D'un côté, l'hypothèse négative d'un échec semble en effet accréditée par le fait que la croissance économique de la zone semble davantage liée au renforcement des zones de libre-échanges qui existent en son sein qu'à un développement global de l'ensemble qu'elle forme. Outre que la CEI est essentiellement tirée par trois Etats – le Kazakhstan, la Russie et la Biélorussie, elle est ouvertement boudée par d'autres, comme l'illustrent le départ acté de la Géorgie et celui attendu de l'Ukraine, après les événements de Crimée.

Mais, d'un autre côté, l'hypothèse positive de l'enclenchement d'une dynamique semble parallèlement étayée par la coexistence et le renforcement au sein de la CEI de trois des cinq formes d'intégration régionale économique classiques: celle-ci est en effet 1°) une zone de libre-échange qui 2°) intègre, dans le cadre de la Communauté Eurasiennne Economique, une union douanière et 3°) un marché commun Kazakhstan - Russie - Biélorussie. Cette dynamique semble même appelée à se poursuivre puisque, d'une part, le l'Arménie, le Kirghizstan et le Tadjikistan ont fait part de leur volonté d'intégrer l'union douanière et que, d'autre part, en 2015, l'Arménie, la Biélorussie, le Kazakhstan et la Russie ont décidé de procéder à une union monétaire.

* *

*

En conclusion, l'histoire de la CEI montre qu'un grand nombre de facteurs de désintégration sont présents en Asie et prévalent parfois sur les intérêts communs des États. La question reste posée de savoir si, à terme, la constitution d'une union de zone d'échanges à géométrie variable pourra déboucher sur l'union intégrée d'Etats dont rêvait la Russie en 1991. Peut-être l'instauration d'une Cour de justice ayant le pouvoir de rendre des arrêts obligatoires s'imposant aux membres sur le modèle de la CJUE serait-elle un

moyen efficace de renforcer cette intégration ? La faisabilité politique d'une telle innovation reste toutefois posée.

LA COMPETENCE DE LA COUR DE LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EURASIENNE¹

Par

Zulduz SAIRAMBAEVA
Maître de conférences en droit
à l'Université al-Farabi

Médéou KOURMANGALY
Maître de conférences en droit
à l'Université al-Farabi

et

Jeanie MANABAEVA
Maître de conférences en FLE
à l'Université al-Farabi

Mots clés : Communauté économique eurasienne – Union douanière – Intégration économique régionale – Marché commun – Cour de la Communauté économique eurasienne – Primauté du droit communautaire.

La Communauté économique eurasienne (CEA) est une organisation économique internationale créée le 10 octobre 2000 entre la Fédération de Russie, la Biélorussie, le Kazakhstan, le Kirghizistan et le Tadjikistan et entrée en vigueur le 30 mai 2001.

¹ Cet article a été rédigé antérieurement au traité de Minsk du 10 octobre 2014 portant dissolution de la CEA. La Communauté a en effet officiellement cessé d'exister le 1^{er} janvier 2015 au profit de l'Union économique eurasiatique fondée par la Biélorussie, le Kazakhstan et la Russie par un traité du 29 mai 2014. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015, celle-ci inclut l'Union douanière.

Son but est de permettre aux Etats membres de constituer un marché commun doté d'une frontière douanière externe commune. Pour l'atteindre, la Communauté est dotée de plusieurs organes. Elle comprend précisément un Conseil interétatique réunissant les chefs d'Etat et de gouvernement ; un Comité d'intégration, composé des vice-présidents des gouvernements ; une Assemblée interparlementaire, formée par les délégués parlementaires des Etats-membres ; et, enfin, une Cour² de justice, garante de la primauté et du respect des traités et du droit dérivé.

Bien que prévue par le traité précité du 10 octobre 2000, cette cour n'est entrée en fonction qu'au 1^{er} janvier 2012 en vertu de la décision n° 583 du 19 décembre 2011 du Conseil interétatique. Entre temps les États-membres ont signé le 5 juillet 2010 les dispositions formant son statut.

Il ressort de l'ensemble de ces dispositions que la cour siège à Minsk (Biélorussie) et que ses juges sont nommés par l'Assemblée de la communauté. Elle dispose en outre d'une procédure (I) et d'attributions (II) spécifiques.

I. LA PROCEDURE APPLICABLE DEVANT LA COUR

Les traités internationaux conclus dans le cadre de la Communauté économique eurasienne, de l'Union douanière et de l'Espace économique commun peuvent toujours compléter les règles de procédure applicables devant la cour. Mais en l'état actuel du droit positif, celles-ci sont fixées, outre par le Statut précité du 5 juillet 2010, par un traité du 9 décembre 2010 et deux règlements de l'intéressée, respectivement en date des 22 mai et 12 juillet 2012.

Selon le paragraphe 3 de l'article 14 du Statut, la cour peut être directement saisie par les entités économiques en cas de différend commercial ou douanier en lien avec le fonctionnement de la communauté.

Précisément, la procédure comporte deux phases, une phase écrite et une phase orale.

La phase écrite consiste à formaliser la demande adressée à la Cour en l'accompagnant de tous les documents utiles se rapportant à l'affaire ou leurs copies certifiées conformes.

La phase orale se décompose en 5 éléments :

- La comparution à l'audience des parties à l'affaire ;
- La lecture des documents utiles à la compréhension de l'affaire ;
- L'audition des conclusions des experts spécialisés ;
- L'audition du rapport du juge rapporteur ;
- Le verdict de la Cour.

² Dont le site officiel est consultable en français à l'adresse <http://sudevrazes.org/fr/main.aspx>.

Chacune de ces phases se déroulant en russe, tous les documents soumis à la Cour doivent être dans cette langue. Les personnes non russophones ont toutefois le droit de donner des explications dans une autre langue et de bénéficier d'un interprète³.

Outre la procédure suivie, les textes précisent les attributions de la Cour.

II. LES ATTRIBUTIONS DE LA COUR

La Cour est compétente pour connaître de toutes les contestations formées par les entités économiques et mettant en œuvre les droits originaire et dérivé de la Communauté et de l'Union douanière.

Jusqu'en 2011, la Cour comportait une formation spécialement compétente pour veiller à la mise en œuvre de l'Union douanière. Cette formation avait pour mission d'interpréter les accords régionaux fondant l'Union et de veiller à leur respect par les Etats membres. Mais le Traité relatif à la Commission économique eurasiennne du 18 novembre 2011 a transféré ces prérogatives à cette dernière. De sorte que la Cour n'est plus compétente que pour veiller au respect des autres compétences de la communauté.

En la matière, son Statut lui donne précisément mission pour :

- veiller à l'application uniforme du Traité du 10 octobre 2000 et des autres traités ou décisions pris par les organes de la Communauté;
- trancher les différends économiques entre Etats-membres relatifs à la mise en œuvre des actes de droit originaire ou dérivé;
- Interpréter ces derniers.

Afin de s'acquitter au mieux de ses missions, la Cour est investie de deux sortes de prérogatives (art. 13 du statut).

De pouvoirs de résolution au fond des litiges, tout d'abord, qui lui permettent de trancher :

- les litiges économiques portant sur la mise en œuvre du droit communautaire originaire et dérivé ;
- les litiges opposant les institutions communautaires entre elles ou aux Etats membres ou les Etats membres entre eux.

La cour dispose ensuite de pouvoirs préjudiciels qui l'habilitent à trancher les problèmes d'interprétation et d'application du droit communautaire, à la demande des particuliers, des institutions communautaires ou des Etats membres. Dans ce cas, la Cour peut en effet donner le sens à retenir des normes communautaires.

³ Recommandations pratiques pour les parties et les autres personnes impliquées au procès. Disponible à l'adresse <http://sudevrazes.org/main.aspx?guid=19111>.

* *
*

En conclusion, la Cour est un facteur important de l'intégration régionale, dès lors qu'elle est le garant du respect du droit communautaire originaire et dérivé de la Communauté économique eurasiennne.

« L'ESPRIT » ET LE ROLE DES CONFERENCES REGIONALES DANS LA CONSTRUCTION DE REGIONS « PAN-CENTRIQUES »

Par

Pierre CHABAL

Membre du Conseil de direction du LexFEIM

Chargé de cours, campus Europe-Asie de Sciences-po Paris,
Professeur invité des universités nationales kazakhe *al-Farabi*,
de Mongolie *NUM* et d'Ouzbékistan *UWED*

Mots clés : Pan-Asia-centrisme – Conférences régionales – Sécurité collective – Comparatisme.

Dans quel esprit les participants à de grandes conférences régionales abordent-ils ces conférences ? C'est la question essentielle, plus encore que celle du contenu de ces conférences ou de leurs conclusions. Les conférences régionales sont-elles par essence une contribution à la stabilisation durable des régions ? Ou ne sont-elles simplement qu'une sorte de rencontres internationales de plus, où chacun campe, fondamentalement, sur ses positions ?

La question se pose aujourd'hui partout dans le monde mais surtout en Asie centrale, région en pleine renaissance diplomatique et géopolitique. Elle y est posée directement, à nos yeux, en relation aux phénomènes de

constructions régionales. Elle y est posée également, indirectement, par notre collègue Janas Ibrashev et son concept de « pan-Asia-centrisme »¹.

Le concept de « pan-Asia-centrisme » est un concept double, tel que nous l'avons suggéré dans d'autres conférences, également à Almaty, sous forme de « pan-Kazakh-centrisme », de « pan-Eurasia-centrisme », etc.². Il suggère qu'existerait un seul centre, situé au-dessus des autres, par exemple l'Asie, comme « pan-Asia-centrisme » ; il souligne aussi la pluralisation des centres, c'est le « pan-Centrisme », un monde organisé en plusieurs centres. Cette deuxième acception, la plus utile et innovante dans l'après-guerre froide, est celle que nous retenons, appliquée aux conférences régionales.

Ce concept de « pan-conférences-centrisme », utilisé en lien aux conférences qui ont marqué l'émergence régionale – la Conférence pour la Sécurité et la Coopération en Europe (CSCE), le Conseil pour la Sécurité et la Coopération en Asie-Pacifique (CSCAP), la Conférence pour les interactions et la confiance mutuelle en Asie (CICA) et, par extension, le Conseil de l'Europe, voire la Coopération économique pour l'Asie-Pacifique (CEAP) –, nécessite de prendre en compte trois éléments dont il dépend : le contexte de ces conférences (I), leur(s) but(s) (II) et leurs attentes (III).

I. L'IMPACT DU CONTEXTE DES CONFÉRENCES RÉGIONALES

En matière de rencontres et de conférences régionales, l'attention va souvent à leur nombre et à leur généralisation. Il faut néanmoins diriger l'analyse également vers les contextes changeants dans lesquels elles se déroulent. En effet, si ces conférences sont bien régionales, elles prennent place dans l'histoire non seulement à *un moment donné* mais de plus elles sont *rendues possibles* par ces contextes. On s'aperçoit alors que, si la CSCE se déroule pendant la Détente, le CSCAP et la CICA quant à eux prennent acte de la fin de la guerre froide, que le Conseil de l'Europe accompagne l'après-deuxième guerre mondiale et que la CEAP, la première, « régionalise » le futur après-guerre froide. L'examen de ces quelques exemples de conférences régionales, dès lors, est aisé.

¹ Ibrashev J., *Manifeste du Panasiacentrisme*, Université al-Farabi, Almaty, 2006 (en russe). Le professeur Ibrashev est le fondateur de la Faculté des Relations Internationales de cette université.

² Notamment dans deux conférences organisées par la faculté des Relations Internationales de l'université KazNU al-Farabi, en 2010 et 2011, avant celle des 23-24 avril 2014 dont est issue la présente publication.

A. LA CONFERENCE POUR LA SECURITE ET LA COOPERATION EN EUROPE

La CSCE est une sorte d'écho multilatéral au rapprochement bilatéral entre les deux Allemagnes. Le « processus d'Helsinki » répond à « l'Ostpolitik » qui est une initiative bilatérale pour les relations interallemandes (*FDR-DDR Beziehungen*). L'Ostpolitik crée un climat favorable à la conférence d'Helsinki ; le processus d'Helsinki accompagne le dialogue interallemand. Bref, la CSCE est européenne grâce à la dimension allemande, qu'elle nourrit.

Une anecdote prend toute sa signification, celle du nom de la conférence. Au départ, celle-ci devait s'appeler Conférence *européenne* pour la sécurité et la coopération. Ce nom semblait ne pas inclure des participants situés hors d'Europe (Etats-Unis, Canada, peut-être l'Eurasie russe ?). Elle s'est finalement appelée Conférence pour la sécurité et la coopération *en Europe*, permettant d'y associer tous les partenaires ayant un intérêt pour l'Europe, y compris les Etats-Unis et le Canada (pour l'Europe de l'ouest) et l'URSS (pour l'Europe de l'est). L'ampleur de la conférence s'en est trouvée, politiquement, décuplée.

Cette ampleur politique, associée à la technique d'un ordre du jour ouvert et de réunions non-décisionnelles mais régulières, estompa largement la symbolique militaire des participants chefs de l'OTAN et du Pacte de Varsovie. A Helsinki, on parle de tout, on ne décide rien ; on apprend à se connaître et, sinon à se faire confiance, du moins à ne plus pratiquer la méfiance allergique et l'hostilité systématique. Entre temps, les deux Allemagnes inventent la réconciliation à deux, qui deviendra, moins de vingt ans après, la réconciliation entre deux Europes en 1989, puis celle entre deux blocs mondiaux en 1991.

B. LE CONSEIL POUR LA SECURITE ET LA COOPERATION EN ASIE-PACIFIQUE

Le CSCAP, fondé en 1993, reprend cet *habitus* d'invention de la « confiance » (*Cf. infra* la CICA). Exactement comme la CSCE, le CSCAP vise à créer un dialogue multilatéral et de sécurité à vingt-et-un pays. La phraséologie de la sécurité nouvelle, entendue au sens large, est toujours la même. Il s'agit de promouvoir la sécurité régionale et la stabilité régionale par le dialogue, la consultation, la coopération, dans la discussion, non principalement par des décisions. Plus encore que la CSCE en Europe, le CSCAP en Asie-Pacifique est remarquable d'innovation car il concerne une région, l'Asie-Pacifique, qui n'existait pas dans la réalité des relations

internationales classiques et n'existe pas encore vraiment dans la « faisabilité » de relations internationales « océaniques ».

Le contexte explique fondamentalement pour le CSCAP, plus encore que pour la CSCE, la dynamique du processus. Si l'Europe parvient, vingt-cinq ans seulement après la seconde guerre mondiale, à lancer la grande réconciliation est-ouest, le CSCAP lance dès la fin de la guerre froide, sans attendre, la vaste conciliation entre le continent et l'océan, avec l'eau (воды) comme lien entre trois continents, ici avec les deux Corées, comme dans la CSCE avec les deux Allemandes. Le CSCAP s'occupe de la sécurité et la coopération en Asie-Pacifique. Il ne s'est pas appelé Conseil *d'Asie-Pacifique* pour la sécurité et la coopération mais Conseil pour la sécurité et la coopération *en Asie-Pacifique*. Fort de la référence européenne au moins implicite, il s'est donné pour tâche d'encadrer l'après-guerre froide dans une partie du monde peu habituée à se coordonner.

C. LA CONFERENCE POUR LES INTERACTIONS ET LA CONFIANCE MUTUELLE EN ASIE

Dès lors, la CICA, dans un autre contexte, est encore plus encline aux découvertes et aux innovations. Elle étoffe et « épaissit » cette dynamique palpitante de grandes conférences régionales³. Créée en 1992 et d'emblée ouverte, au-delà de l'Asie centrale, à toute l'Asie et à des pays arabes, elle exerce un rôle exactement comparable à celui de la CSCE et à celui du CSCAP. Il s'agit de permettre un dialogue ouvert, sur tous les sujets, sans décisions, pour « se connaître », partager des idées et, ainsi, rendre possibles des avancées diplomatiques destinées à se concrétiser ailleurs, dans d'autres dynamiques institutionnalisées institutions, par exemple dans l'Organisation de Coopération de Shanghai (OCS), créée en 2001⁴.

L'hypothèse est ici que, sans la CICA, d'inspiration kazakhe, le contexte de l'après-guerre froide, c'est-à-dire (en Asie centrale) le contexte de l'après-soviétisme, aurait été beaucoup plus difficile à gérer à l'aide de la seule Communauté des Etats Indépendants (CEI).

D. LE CONSEIL DE L'EUROPE

³ Au sens de la « description épaisse » (*thick description*) de Clifford Geertz, *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, New York, 1973.

⁴ L'OCS est créée comme prolongement du Groupe de Shanghai lancé en 1996 au départ pour régler les différends frontaliers entre la Chine et les Républiques issues de l'ex-URSS. V. Chabal P. (dir.) *L'organisation de coopération de Shanghai : une nouvelle Asie ?*, Bruxelles, PIE 2015 (sous presse).

Le Conseil de l'Europe, créé en 1949, est un exemple encore plus clair de cette dualité institutionnelle. Il représente la grande Europe des nations, l'Europe qui a besoin des idées de tous, y compris de la part des pays qui n'appartiennent pas *stricto sensu* à la Communauté européenne, future Union européenne, pour nourrir *lato sensu* les inspirations de l'Europe. Le Conseil de l'Europe représente l'Europe « inspirationnelle ». Il est un peu comme une pépinière d'idées. Grâce à lui, les Européens ont pu gérer leur destin compromis, malgré la paix westphalienne de 1648, trois cents ans plus tôt.

En Europe, rien n'est possible si l'on ne distingue pas entre les idées et les décisions. Les idées doivent demeurer larges ; les décisions doivent se faire contraignantes.

E. COOPERATION ECONOMIQUE POUR L'ASIE-PACIFIQUE

La CEAP, lancée dès 1989, est une manière originelle, australo-japonaise, d'imaginer un espace, l'Asie-Pacifique, qui soit cohérent. C'est un pari très précoce (1989 : conférence de Canberra ; 1990 : conférence de Séoul) alors que le monde de la guerre froide offre un contraste incertain (1989 : chute du mur de Berlin ; 1990 sommet de Malte) qui aurait pu demeurer incertain ou engendrer l'instabilité.

La CEAP est ainsi une façon de dire que l'Asie-Pacifique, qui n'a en fait jamais existé comme espace cohérent, est destinée malgré tout à créer un contexte d'innovation quel que soit le cours du reste du monde.

Ces éléments de contexte sont les plus importants à intégrer dans le raisonnement. Ils permettent de situer et comprendre les buts des conférences régionales (II).

II. LE BUT CONTRASTE DES CONFERENCES REGIONALES

L'hypothèse est ici que ce but n'est pas toujours clair, du moins pas au début. Si le contexte (*supra* I) justifie, anime, insuffle ces initiatives de dialogue régional, ces initiatives une fois lancées contribuent à un but qui se précise avec le temps. Un tel esprit d'ouverture est peut-être finalement la dynamique la plus favorable au succès.

A. LE CSCAP

Le CSCAP a pour but de compléter le dialogue régional du Forum de l'ASEAN. C'est son but le plus explicite. L'on peut s'en contenter ou l'on peut

suggérer qu'il y a un but plus large : étendre à l'Asie-Pacifique l'ampleur d'une conférence pour la sécurité et la coopération, comme en Europe celle de la CSCE. Le but ne peut pas être, en Asie, encore moins en Asie-Pacifique d'*intégrer* la région mais de créer une *conscience* d'exister, dans l'après-guerre froide, et d'exister à l'échelle *continentale*. La guerre froide avait coupé le continent en deux. Il s'agit, après 1993, de rassembler ce continent en un dialogue et, ce faisant, de l'ouvrir sur l'océan.

Cette ambition est excessive au regard des canons de la géopolitique : la puissance terrestre (russe, chinoise) et la puissance maritime (américaine) se sont rarement mariées et, de fait, depuis 1993, le CSCAP a moins progressé que l'OCS (organisation sino-russe et continentale par excellence). Pourtant, le CSCAP a pour but indirect, très ambitieux, d'amplifier la CEAP, de lancer un renforcement entre conférences régionales, but unique à ce jour et toujours remarquable.

B. LA CICA

Le but de la CICA est finalement assez proche bien qu'il soit cantonné à l'espace terrestre, donc au continent. La CICA, d'inspiration centralasiatique et d'ambition pan-continentale, a pour but d'accompagner la structuration de ce continent par l'OCS. Cette Conférence pour les *Interactions* et la *Confiance* Commune en Asie comprend parmi ses membres à la fois des pays de l'Asie « de l'ouest » (Moyen-Orient) et de l'Asie « de l'est » (Corée). Elle s'étend donc sur tout ce vaste espace en reconfiguration.

Ce but est de promouvoir la coopération pour servir la paix, la sécurité et la stabilité en Asie. C'est un but très proche d'autres dialogues, celui du CSCAP on l'a vu, et celui de la CEAP on le verra. Y a-t-il dès lors « concurrence » entre tous ces dialogues ? Il y a plutôt complémentarité⁵. La CICA est pourtant résolument terrestre et continentale et l'idée provient à l'origine d'Asie centrale (du Kazakhstan). Son but concerne plutôt les pays qui, après 1991, renaissent à la vie internationale comme acteurs désormais souverains. Il pose les prémisses d'une « nouvelle Asie » élargie, de Séoul au Caire⁶.

C. LE CONSEIL DE L'EUROPE

⁵ Sur le concept de « concurrence » entre les régions voir Chabal P., « Interregional Competition as innovated world order : is it enhancing exchanges or destabilising the world ? », in *EurEconomica*, vol. 8, n° 1, 2012, pp. 107-130.

⁶ Si l'OSCE va, elle, de Vancouver à Vladivostok, d'ouest en est ... Car d'est en ouest, l'OSCE s'étendrait sur ... l'océan pacifique, pou risquer une plaisanterie géopolitique.

Le but essentiel du Conseil de l'Europe est de protéger les droits de l'homme et de renforcer l'état de droit démocratique en Europe. Ce but apparaît comme très juridique et très européen. C'est logique car l'histoire de l'Europe suggère qu'une ambition de paix ne peut aboutir en Europe que si elle est servie par le droit : le droit international (Conseil de l'Europe) ou le droit communautaire supra-souverain (le droit de l'Union européenne). Pourtant, ce but va au-delà de l'adoption d'une Convention européenne des droits de l'homme et d'une Cour européenne des droits de l'homme chargée de l'appliquer. Le but du Conseil est en ce sens bien sûr celui d'une institution porteuse d'une juridiction et d'une jurisprudence, mais pas seulement⁷.

Le but du Conseil de l'Europe est également, selon nous, « d'inspirer » la construction communautaire. C'est cela le but le plus large même s'il est indirect. Les débats au sein du Conseil de l'Europe servent ainsi de formulation du possible, d'expression du nouveau, de suggestions de l'innovant. Par exemple, les grandes évolutions de société, comme la liberté de l'avortement à partir des années 1970, ont été initiées dans le Conseil avant de parvenir aux oreilles et aux votes d'autres instances, dans l'Europe communautaire, comme la Commission européenne, puis les parlements nationaux. Il y a bien complémentarité « inspirationnelle » entre le Conseil de l'Europe et le reste de l'Europe juridique.

D. LA CEAP

Le but de la CEAP est surtout d'améliorer la croissance économique et la prospérité pour la région mais également de renforcer la « communauté » Asie-Pacifique. Ce but principal semble très économique et même étroitement commercial. En réalité, il est politique en ce qu'il vise à inventer une communauté de valeurs avec, comme centre, l'eau de l'océan Pacifique, pour la première fois dans l'histoire on l'a vue *supra*. Ce but sert ainsi à tenter d'inventer une communauté du Pacifique qui pourrait compléter la communauté de l'Atlantique et de l'Alliance atlantique. Ce faisant, ce but semble servir la domination américaine ; il sert aussi, et peut-être plus, à périphériser l'Asie, notamment l'Asie de l'est.

Ce but de la CEAP a donc entraîné, sans surprise, un réveil de l'Asie de l'est, dont les projets de Groupement économique (*Caucus*) de l'Asie de l'est, formulés dans les années 1980, ont abouti en 2005 et, depuis décembre 2005, en un Sommet annuel de l'Asie de l'est. On est loin du simple *decorum*

⁷ Nous remercions notre collègue Harold Gaba, lui aussi auteur d'un chapitre dans cet ouvrage, pour ses suggestions d'amélioration du présent paragraphe.

économique et, déjà, dans le jeu des concurrences géostratégiques. De plus, le but de la CEAP a deux caractéristiques, qui le renforcent. Il est précoce, on l'a dit, émergeant dès 1989 ; et il est ambitieux, puisque dès le sommet de la CEAP de 1994 (à Bogor, Indonésie), l'idée est émise de réaliser une grande zone de libre-échange de l'Asie-Pacifique d'ici 2020.

E. LA CSCE

Le but de la CSCE est de préparer la fin de la guerre froide, rien de moins. Il n'est pas conscient au début des années 1970. L'on peut le reconstruire vingt ans plus tard. Ce but découle-t-il du dialogue interallemand ? Ou ce but permet-il ce dialogue interallemand ? C'est difficile à dire, on l'a vu plus haut (section 1). Il reste que la CSCE illustre peut-être le mieux la manière dont un but réel dépasse le but annoncé au départ. Non seulement le processus d'Helsinki a rendu possible un dialogue entre l'ouest et l'est mais il s'est institutionnalisé dans une organisation l'OSCE, créée en 1995, laquelle a « engagé » la « nouvelle Asie centrale », et dont le Kazakhstan a même exercé la présidence en 2010.

On pourrait allonger aisément l'analyse des buts des conférences régionales. Ce n'est pas nécessaire. Il faut plutôt souligner combien la dialectique entre idées, buts et dynamiques concrètes est une dialectique riche. Cela est dû, sans aucun doute, au fait que dans un contexte changeant (*supra*, section 1), ces buts ambitieux (*supra*, section 2) se nourrissent d'attentes très élevées et dignes, pour certaines, du « destin » de l'humanité (*infra*, section 3).

III. LES ATTENTES PLURI-NIVELEES DES CONFERENCES REGIONALES

Les attentes humaines sont toujours ambitieuses, qu'elles soient pacifiantes ou agressives. Depuis les 19^{ème} et 20^{ème} siècles jusqu'au 21^{ème} siècle, ces attentes sont passées d'impériales à régionales. Cette évolution est même un postulat de notre analyse des relations internationales de l'après-guerre froide : les dynamiques régionales sont structurellement pacifiantes ; elles ne sont plus « impérialisantes ». La crise actuelle en Ukraine et autour de l'Ukraine est, en ce sens, une crise de choix de l'attachement régional de l'Ukraine, non une crise impériale ou néo-impériale russo-européenne.

A. LA CICA

Les attentes de la CICA ne sont rien de moins que d'inventer une nouvelle Asie continentale. Il s'agit d'une « Eurasie » (au sens de l'Asie et de la Russie/CEI) concurrente d'une Europe étendue ou d'une ASEM (Union européenne et Asie du sud-est). En effet, la sécurité *stricto sensu* de l'Eurasie est assurée par l'OCS au plan politique et par l'OTSC au plan militaire. Au plan, plus vaste, d'un continent en cours d'activation, depuis l'Asie de l'est jusqu'au Moyen-Orient, c'est la conférence CICA qui en a l'ampleur. Ces attentes sont donc grandes. En retour, elles créent des attentes déployées.

L'ampleur de la CICA surpasse en effet celle de toutes les autres dynamiques régionales, du moins son ampleur spatiale et territoriale. La seule autre dynamique de nature à concurrencer la CICA, c'est l'OSCE, une organisation constituée et normative. Peut-être s'agit-il là d'un genre nouveau de concurrence : « conférence » contre « organisation », plus que d'une concurrence continentale : Europe contre Asie. On le voit, à négliger la CICA dans l'étude des relations internationales, on passerait à côté du 21^{ème} siècle.

B. LE CONSEIL DE L'EUROPE

Les attentes du Conseil de l'Europe sont-elles réalisées ? Est-il possible d'aller au-delà de quarante-sept pays unis dans les valeurs et les idéaux communs qui, en partie, inspirent la construction européenne ? La question est stimulante. D'une part, la construction européenne se poursuit encore, de 25 à 28 membres, puis bientôt 29 membres (?) et les discussions se dessinent autour de la Turquie, de la Géorgie, de l'Ukraine, de l'Azerbaïdjan, etc. Il faut donc garder le cadre plus large du Conseil de l'Europe. D'autre part, le Conseil de l'Europe est l'écho de « l'idée d'Europe », qui est plus ancienne que la réalité communautaire de plusieurs siècles, cette idée remontant sur mille ans (?) aux Empires européens ou, plus récemment, à celle d'Etats-Unis d'Europe.

Le Conseil de l'Europe relève en effet du niveau d'un « congrès des peuples », des « Etats unis d'Europe » suggérés par plusieurs auteurs, dont V. Hugo, de la « paix perpétuelle » d'E. Kant et même de la grande Renaissance depuis le 16^{ème} siècle. Les attentes de cette Europe connaissent même un emballement, parfois, une prétention à l'universalisme, parfois même ... Sans aller jusqu'à des valeurs européennes qui seraient universelles, force est de constater que les dynamiques européennes ne peuvent pas qu'être formelles ou juridiques. Elles se nourrissent d'idéaux. C'est même leur nature et leur essence.

C. LA CEAP

Les attentes de la CEAP sont intrigantes. Comment unifier une communauté autour d'un océan si vaste qu'il n'est même pas vraiment utilisé comme route commerciale maritime principale entre Asie et Amérique ? L'esprit cherche alors un élément commun entre tous les pays du pourtour (ou *rim*) du Pacifique et ne trouve alors, en commun, que le passé (post)-colonial. A part le Japon, la Chine pour l'essentiel, la Russie et le royaume de Siam (Thaïlande), tous les autres pays sont d'anciennes colonies. Leur valeur commune est le rejet de toute néo-dépendance et, donc, un sens farouche de l'affirmation de soi. La cohérence de l'Asie-Pacifique est diminuée par la présence d'un pays de la zone qui a colonisé ou agressé les autres : le Japon. Il n'en reste pas moins que cette vivacité postcoloniale permet à l'Asie-Pacifique d'innover presque en permanence.

L'innovation essentielle ici est de constituer un ensemble commercial qui ne soit pas d'abord politique. La CEAP est une « coopération » économique, de pratique intergouvernementale mais non de facture interétatique. Les participants aux réunions de la CEAP sont les représentants des Etats, non les Etats eux-mêmes ; voilà pourquoi Taiwan et Chine s'y côtoient, ce qui serait impossible dans un forum diplomatique politique. De plus, la CEAP associe gouvernements, milieux d'affaires et société civile, suggérant par là que ses attentes soient l'invention de nouvelles relations internationales, pas seulement la pratique renouvelée de relations internationales classiques.

D. LA CSCE

Les attentes de la CSCE ont été réalisées : la guerre froide est finie. Celles de l'OSCE sont en cours de réalisation : des valeurs euro-asiatiques semblent en cours d'émergence. Ces attentes de l'OSCE consistent à englober l'Europe et l'Asie (et le Moyen Orient ?) dans un ensemble de valeurs démocratiques. Elles se heurtent et se heurteront de plus en plus à des « résistances »⁸ dans d'autres régions que l'Europe. Non pas que les valeurs européennes n'aient pas de sens, mais leur prétention « universalisante » se heurte logiquement à des prétentions universalistes ailleurs. Il est toujours maladroit de se prétendre universel. Il est plus adroit de démontrer, par l'exemple, une capacité à pratiquer ces valeurs pour le bien-être matériel et moral de ses propres populations⁹.

⁸ Voir notre exposé lors du colloque Europe-Asie des 23 et 24 avril 2014, organisé juste après ce colloque franco-kazakh de juristes.

⁹ Cette démonstration est depuis quelques années au moins difficile pour l'Europe, engluée au plan économique dans une crise financière et de l'emploi, au plan politique dans des scandales

L'OSCE est perçue en Asie comme un prêche politique. En ce sens, elle est moins acceptée, donc moins légitime, que l'Union Européenne, qui offre des ouvertures commerciales et financières. L'OSCE est mieux perçue, à l'inverse, que l'OTAN, qui demeure une instance militaire lointaine (« horsain ») malgré ses réformes récentes (1999) et ses implications humanitaires. Donc, l'OSCE offre des attentes « moyennes » au regard de ce que l'occident ou « l'Ouest » représente en Asie. Elle est la seule dynamique qui puisse inclure comme membres à part entière des pays d'Asie. Ni l'Union Européenne, ni l'OTAN ne peut le faire et, pour l'OTAN, même le partenariat pour la paix (PfP) avec la Russie, signé en 1994, est compromis par la crise ukrainienne depuis 2013.

E. LE CSCAP

Les attentes du CSCAP, pour finir notre exposé, sont plus subtiles à analyser. Clairement, une conférence avec un but aussi vaste que la sécurité et la coopération dans une zone aussi vaste que l'Asie-Pacifique, repose sur des attentes également les plus larges du monde. Elle crée des attentes tout aussi amples et peut-être démesurées. Et pourtant ! ... Aucun changement dans le monde ne peut avoir lieu sans idées ambitieuses. Depuis des millénaires, de telles ambitions ont existé mais elles ont été le plus souvent expansionnistes, impériales et violentes. Aujourd'hui, le CSCAP et l'Asie-Pacifique représentent une vision, une idée, d'un monde recentré sur une autre zone que l'Europe ou l'Euro-atlantisme et les divisions nord-sud. Ce serait donc un « monde Asie-Pacifique », sans l'Europe bien sûr, sans beaucoup d'Afrique peut-être, mais avec deux vastes continents - l'Asie et l'Amérique -, donc une innovation dont on mesure encore mal l'ampleur exacte.

Rappelons, avant de conclure, qu'il y a toujours un décalage entre, d'une part, les idées et les attentes et, d'autre part, les certitudes et les réalisations concrètes

* *

*

Cette promenade par les conférences régionales, qui s'achève temporairement, permet de se pencher sur des éléments généraux. Les

de ses parties politiques et une montée des extrémismes et, au plan culturel, à la difficulté de se doter d'une identité régionale.

éléments particuliers (traités, accords, textes intergouvernementaux, déclarations et engagements formels, etc.) seront examinés une autre fois¹⁰. Pour l'instant, ces éléments généraux doivent être compris. L'on ne saurait sinon analyser l'avancée de l'histoire de « voisins » devenus « partenaires », en amont de résultats concrets de leur coopération.

Ces éléments généraux renvoient, bien sûr, aux idées, et notamment aux idées de région. Qu'est-ce qu'une région ? C'est d'abord un discours, ou plutôt un infléchissement de discours, une vision, une prospective. Bref, c'est un espace « rendu cohérent » par un projet. Plusieurs décennies ou siècles parfois s'écoulent avant des réalisations concrètes. Pourtant, depuis la seconde guerre mondiale et, plus encore, depuis la fin de la guerre froide - une génération donc -, les évolutions du monde se sont accélérées. Cette accélération s'est doublée d'une régionalisation. Nous devons donc prendre pleinement en compte cette dynamique d'accélération régionale.

Le monde en est aujourd'hui à un moment crucial et paradoxal. D'un côté, des résurgences du passé et une crise en Crimée et en Ukraine qui rappellent le 20^{ème} siècle et ses fièvres encore transfrontières. D'un autre côté, des idées enivrantes, des relations internationales toujours inspirées par de grandes conférences qui suggèrent, qui envisagent, qui espèrent et qui proposent. Ce ne sont pourtant plus les grandes conférences de paix du passé, qui œuvraient pour un retour au *statu quo*. Ce sont de grandes conférences qui changent la perception et la conception du « monde tel qu'il est » (L. Wittgenstein). Sans doute est-ce une puissante manifestation de liberté !

Mais la liberté de chacun trouve sa limite là où commence la liberté de l'autre...

¹⁰ V. Chabal P. (dir.) *Concurrences Interrégionales Europe-Asie au XXI^e siècle*, Bruxelles PIE 2015, 393 p.

L'APPLICATION DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT DE L'UNION EUROPEENNE

Par
Armelle RENAUT-COUTEAU
Membre du LexFEIM
Maître de conférences HDR en droit public
de l'Université du Havre

Mots clés : Union européenne – Droit communautaire originaire – Droit communautaire dérivé – Droit de l'environnement – Obligation des Etats membres.

L'attachement très fort des européens à la protection de l'environnement n'est plus à démontrer puisque pour 95% d'entre eux, c'est une question « *personnellement importante* » qui transcende les frontières et qui doit par conséquent être traitée à un niveau régional adapté¹.

Cette attente des citoyens européens crée une responsabilité spécifique pour l'Union européenne notamment pour la Commission, gardienne du droit de l'Union, qui selon l'article 17 TUE « *veille à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci. Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne* »....

La Commission est donc responsable de la mise en œuvre, de l'application du droit de l'environnement de l'Union européenne qui couvre aujourd'hui tous les domaines de l'environnement que ce soit la préservation des milieux naturels, la prévention des risques industriels et technologiques, la

¹ Site officiel de la Direction Environnement de la Commission européenne.
[http://www.touteurope.eu/les-politiques-europeennes:environnement/...](http://www.touteurope.eu/les-politiques-europeennes:environnement/)

lutte contre le changement climatique, secteur dans lequel l'Union européenne est un acteur de premier plan au niveau mondial².

Toutefois, afin de concilier la souveraineté des États et les nécessités de l'intégration européenne, la mise en œuvre du droit de l'environnement de l'Union européenne est décentralisée, c'est-à-dire que les États jouent un rôle particulièrement important dans l'exécution normative des règles environnementales et notamment dans la transposition des directives³. L'article 291 § 1 TFUE affirme d'ailleurs très clairement : « *les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union* » (I).

Le droit de l'environnement de l'Union européenne comporte actuellement plus de trois cents instruments juridiques de droit dérivé (règlements, directives, décisions de l'article 288 TFUE)⁴ parmi lesquels environ cent quatre-vingt directives.

Tous ces textes juridiques doivent être appliqués de façon *uniforme* par l'ensemble des États membres de l'Union, directement pour les règlements voire les décisions, à l'issue d'une transposition dans l'ordre juridique interne des États pour les directives. De plus, atteindre les objectifs de la politique de l'environnement et de toutes les politiques de l'Union d'ailleurs, suppose que le droit de l'Union soit non seulement uniformément mais aussi pleinement appliqué dans tous les États membres.

Or, même si la situation s'est améliorée, les trois derniers rapports annuels de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union pointent

² Sur le droit de l'environnement de l'UE, v. Thieffry P., *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant 2008 ; Kiss A. et Shelton D., *Traité de droit européen de l'environnement*, Paris, éd. Frison-Roche 1995 ; Dutheil de la Rochère J. (dir.), *Le droit communautaire de l'environnement, mise en œuvre et perspectives*, Paris, DF 1998 ; Maljean-Dubois S., *L'effectivité du droit européen de l'environnement. Contrôle de la mise en œuvre et sanction du non-respect*, Paris, DF 2000 ; Romi R., *L'Europe et la protection juridique de l'environnement*, Victoires Éditions, janvier 2004 ; Masclat J.-C., *La Communauté européenne et l'environnement*, Paris, DF 1999 ; Renaudière P. et Van Pelt P., *Développements récents du droit communautaire de l'environnement*, Bruxelles, Story scientia 1995. ; Dubouis L. et Blumann C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien ; Baziadoly S., *La politique européenne de l'environnement*, Bruylant 2014 ; Van Lang A., *Droit de l'environnement*, Paris, PUF 2002 ; Prieur M., *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz 2011.

³ « La transposition est l'opération par laquelle l'État membre destinataire d'une directive communautaire procède à l'adoption des mesures nécessaires à sa mise en œuvre ». En ce sens, Simon D., *Directive : Répertoire droit communautaire*, Dalloz n° 29.

⁴ L'article 288 TFUE mentionne également deux autres instruments juridiques, la recommandation et l'avis qui, à la différence des règlements, directives et décisions n'ont pas de portée juridique obligatoire.

encore l'environnement comme domaine dans lequel les cas de violation du droit de l'Union sont les plus nombreux⁵.

C'est pourquoi, la mise en œuvre décentralisée du droit de l'environnement⁶ (I) s'opère sous le contrôle des États membres et de la Commission (II).

I. LA MISE EN ŒUVRE DÉCENTRALISÉE DU DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

L'article 291 § 1 TFUE précité reconnaît sans ambiguïté la compétence de droit commun des États pour l'exécution du droit de l'Union⁷, la seule exception à cette règle résidant dans la nécessité d'une exécution uniforme des actes de l'Union visée à l'alinéa 2 de l'article 291 TFUE⁸ (A). Toujours sur le fondement de l'article 291 § 1, la transposition des directives qui est une obligation communautaire au sens de l'article 288 TFUE est confrontée au respect de certaines exigences, afin d'assurer l'uniformité et l'effectivité à l'incorporation de la directive en droit interne (B).

⁵ 29^e rapport annuel de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union, COM (2012) 714 final du 30 novembre 2012 ; 30^e rapport annuel de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union, COM (2013) 726 final du 22 octobre 2013 ; 31^e rapport annuel de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union, COM (2014) 612 final du 1^{er} octobre 2014.

⁶ La notion d'application telle qu'elle est utilisée dans le cadre de cet article concerne la mise en œuvre normative du droit de l'environnement, l'adoption des dispositions juridiques d'exécution du droit national, la transposition des directives dans l'ordre juridique national et le contrôle de l'application effective de ce droit. La mise en œuvre des infrastructures techniques, des mesures techniques ne seront pas prises en considération. De même, les instruments financiers permettant la mise en œuvre de la législation de l'Union européenne en matière d'environnement ne seront pas envisagés dans ce cadre. Sur cette question, v. Petit Y. (dir.), *Droit et politique de l'environnement*, Paris, DF 2009, p. 89 s. ; Romi R., *L'Europe et la protection de l'environnement*, op. cit., p. 37 s.

⁷ V. Dutheil de la Rochère J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; Bluman c/ et Dubouis L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexis Nexis, p. 495 s. ; Aubry J.-M. et Dutheil de la Rochère J., *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant 2007 ; Simon D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF 2001 ; Isaac G. et Blanquet M., *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz 2012, p. 441. ; Berramdane A. et Rossetto J., *Droit de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien 2010, p. 369 ; Guilloud-Colliat L., *L'action normative de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant 2014, p. 120 s.

⁸ Selon l'article 291 al. 2 : « Lorsque les conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil ».

A. LE ROLE DES ÉTATS DANS L'EXECUTION DU DROIT DE L'UNION

Le système d'administration indirecte ou décentralisée qui caractérise la mise en œuvre des actes juridiques de l'Union repose sur deux principes parfaitement complémentaires : le principe conventionnel de coopération loyale énoncé à l'article 4 § 3 TUE (1) et le principe jurisprudentiel de l'autonomie institutionnelle et procédurale (2).

1°) Le principe de coopération loyale

Le principe de coopération loyale de l'article 4 § 3 TUE résulte de l'article 10 TCE selon lequel les États membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de leurs obligations communautaires et de la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE), devenue Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)⁹.

Ce principe impose tout d'abord aux États membres une obligation positive de résultat, celle de prendre toute mesure propre à assurer l'exécution du droit de l'Union qu'elle soit normative, administrative ou juridictionnelle et de ne pas contrarier l'effet utile de ce droit¹⁰. S'y ajoute une obligation positive de moyen qui impose aux États de faciliter à l'Union l'accomplissement de sa mission¹¹.

La dernière obligation est négative, c'est-à-dire que les États doivent s'abstenir de toute mesure qui mettrait en péril la réalisation des objectifs de l'Union. Cela signifie en d'autres termes que les États doivent respecter les obligations découlant de leur appartenance à l'Union¹².

En vertu du principe de coopération loyale, non seulement les États sont responsables de la mise en œuvre du droit de l'Union, mais ils sont aussi responsables de son effectivité. Ainsi, la Cour affirme dans l'arrêt Kellinghusen du 22 octobre 1998 que « Les États [prennent] toutes les mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire »¹³. Ils

⁹ Le principe de coopération loyale entre les institutions de l'Union européenne a également été codifié par le traité de Lisbonne à l'article 13 § 2 TUE selon lequel : « *Les institutions pratiquent entre elles une coopération loyale* ».

¹⁰ CJCE 12.10.1970, *Scheer*, aff. 30/70, *Rec. I*. 1197.

¹¹ CJCE 2.2.1977, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76, *Rec. I*.137.

¹² CJCE 16.11.1977, *Inno c/ ATB*, aff. 13/77, *Rec. I*.2115.

¹³ CJCE 22.10.1998, *Kellinghusen*, aff. C-36/97 et C-37/97, *Rec. I*-6337 ; CJCE 21.9.1989, *Comm. c/ Grèce*, aff. 68/88, *Rec.* 2965 ; CJCE 4.3.2004, *Allemagne c/ Commission*, aff. 344/01, *Rec. I*-2081.

disposent pour cela d'une liberté d'organisation encadrée relevant du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale.

2°) Le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États

Affirmé par la CJCE dès 1971 dans l'arrêt *International Fruit Company*¹⁴, le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale est encadré par la Commission¹⁵ et relativisé par la Cour de Justice qui le soumet au respect du principe d'équivalence et d'effectivité.

Le principe de l'autonomie institutionnelle assure aux États membres la liberté de choix quant aux organes chargés de la mise en œuvre du droit dérivé (parlement, gouvernement, autorités locales...) à partir du moment où l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union ne sont pas remises en cause.

Les structures administratives des États membres de l'Union ont d'ailleurs dû être adaptées pour faciliter la mise en œuvre du droit de l'Union tant au niveau central, déconcentré et décentralisé¹⁶.

En France, c'est le pouvoir exécutif qui joue un rôle primordial en matière de mise en œuvre et d'exécution du droit de l'Union, d'abord, parce qu'il est à l'origine avec les autres États de l'Union du droit dérivé en tant que collègiateur (article 294 TFUE) et, ensuite, parce qu'il a un poids plus important que le législatif en matière d'exécution du droit de l'Union¹⁷. Le Parlement n'est habilité à transposer les directives que dans le respect de la répartition des compétences opérées par les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 et dans la mesure où le gouvernement n'utilise pas les ordonnances de l'article 38 de cette même Constitution.

Les États membres disposent en complément d'une autonomie procédurale qui laisse les organes internes choisis par eux, libres de déterminer les procédures et les formes de nature à mettre en œuvre le droit de l'Union¹⁸.

¹⁴ CJCE 15.12.1971, *International Fruit Company*, aff. 51/71 à 64/71, *Rec.* 1127.

¹⁵ Voir *infra*, p. 11.

¹⁶ V. sur ce point, Rideau J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ 2010, p. 965 s. ; Guilloud-Colliat L., *L'action normative de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 125 ; Sauron J.-L., « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales », in Aubry J. M. et Dutheil de la Rochère J., *op. cit.*, p. 284.

¹⁷ V. en ce sens, Blumann C., Dubouis L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 487. ; Cassia P., « Droit administratif et droit communautaire », *J-CL. Europe*, Fasc. 497, 2009 ; Sauron J. L., *L'application du droit de l'Union européenne en France*, DF 2000.

¹⁸ CJCE 11.2.1971, *Norddeutscher Vieh und Fleischkontor*, aff. 39/70, *Rec.* 49. ; CJCE 15.12.1971, *International Fruit Company*, *op. cit.*, *Rec.* 1107 s.

La Cour de Justice a dégagé deux principes qui s'imposent aux États quand ils mettent en œuvre le droit dérivé : les principes d'équivalence et d'effectivité. La liberté procédurale dont disposent les États est ainsi limitée par l'obligation dans laquelle ils se trouvent de ne pas appliquer des modalités procédurales qui seraient plus défavorables que celles qui existent en droit interne pour des recours similaires¹⁹.

Le principe d'équivalence qui vient d'être défini ne s'applique qu'à condition que le droit national soit capable d'assurer la pleine efficacité du droit de l'Union²⁰. Les modalités procédurales qui encadrent la mise en œuvre du droit de l'Union ne doivent pas avoir pour conséquence d'empêcher l'exercice des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder et notamment la pleine efficacité du droit de l'Union et la protection des droits qui s'y rattache²¹.

B. LA MISE EN ŒUVRE DES DIRECTIVES PAR LES ÉTATS

« La directive lie tout État destinataire quant au résultat à atteindre en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens » (article 288 TFUE). Elle doit donc obligatoirement être transposée dans le droit national, c'est-à-dire insérée dans la totalité de son contenu dans le droit national²². Les États devront adopter à cet effet tous les actes juridiques internes permettant de mettre en œuvre la directive environnementale en se conformant aux exigences dégagées par la jurisprudence (1). Puisque le contenu de la directive doit pouvoir être appliqué simultanément et uniformément dans tous les États membres, le respect du délai impératif de transposition des directives constitue une obligation qui s'impose aux États (2).

1°) Les exigences liées à l'incorporation effective de la directive dans l'ordre juridique interne des États

¹⁹ CJCE 16.12.1976, *Rewe-Zentralfinanz*, aff. 33/76, *Rec.* 1989 s. ; CJCE 21.9.1989, *Comm. c/ Grèce*, aff. 68/88, *Rec.* 2965 s.

²⁰ V. en ce sens, Guilloud-Colliat L., *L'action normative de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 137.

²¹ CJCE 16.12.1976, *Rewe-Zentralfinanz*, *op. cit.*, *Rec.* 1989 ; CJCE 19.6.1990, *The Queen c/ Secretary of State for Transport*, aff. C 6-9/90 *Rec. I.* 2433 s.

²² Medhi R. L., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de système », in *Mél. Isaac*, t. 2, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse 2004, p. 615. ; Meny Y. (dir), *Mises en œuvre nationales des politiques communautaires*, RFAP, n° 34, avril-juin 1985.

Afin de conférer la pleine efficacité à l'incorporation de la directive en droit interne, les États doivent choisir les formes et les moyens les plus appropriés²³. C'est pourquoi la transposition doit s'effectuer au moyen d'actes juridiques contraignants tels que la loi, le décret ou l'ordonnance, seuls habilités à conférer à la directive un effet utile complet en droit interne.

La circulaire a été utilisée en France pour transposer des directives jusqu'aux années 1990, notamment pour la mise en œuvre des directives Seveso sur la prévention des risques industriels majeurs²⁴. Elle n'est toutefois plus du tout considérée comme un instrument de transposition adapté du fait de son absence de portée obligatoire, tant pour l'administration que pour les administrés²⁵.

La transposition doit respecter aussi strictement que possible l'esprit, le contenu, la finalité et les objectifs de la directive (explicités dans les considérants du texte) c'est-à-dire qu'elle ne doit pas aller au delà de ce que prévoit la directive. Des conditions supplémentaires, des dérogations ou exceptions ne pourront pas être introduites dans les mesures nationales de transposition si elles ne sont pas contenues dans le texte de la directive²⁶.

La transposition doit aussi être non équivoque, c'est-à-dire garantir une réelle transparence, être claire et prévisible dans le respect du principe de sécurité juridique²⁷. De plus, les règles juridiques nationales doivent être mises en conformité avec le droit de l'Union européenne de façon à supprimer les obstacles juridiques qui entraveraient l'effectivité de la norme communautaire. Ainsi, les États doivent notamment abroger les dispositions nationales qui seraient contraires à la directive²⁸. Il leur appartient donc de veiller à la cohérence et à la bonne articulation des dispositions prises dans la

²³ CJCE 12.9.1996, *Procédures pénales c/ Sando Gallotti ea*, aff. jointes, *Rec.* I-4345.

²⁴ Directive 96/82 CE du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, *JO.* L 10, 14 janvier 1997 modifiée puis abrogée par la directive 2012/18/UE du 24 juillet 2012, *JOUE*, L 197.

²⁵ La France a été condamnée pour manquement du fait de circulaires de 1985 utilisées pour transposer trois directives de 1982 sur le plomb dans l'atmosphère, de 1980 sur l'anhydride sulfureux et de 1985 sur la dioxine d'azote. V. en ce sens Prieur M., « La mise en œuvre du droit communautaire de l'environnement en France », in *Le droit communautaire de l'environnement, mise en œuvre et perspectives*, *op. cit.*, p. 75 s.

²⁶ La directive peut prévoir exceptionnellement cette possibilité, mais le texte de transposition devra définir strictement le champ d'application et les modalités de contrôle. CJCE 8.7.1987, *Comm. c/ Belgique*, aff. 247/85.

²⁷ CJCE 13.12.1987, *Comm. c/ Pays-Bas*, aff. 236/85, *Rec.* 3985 s, pt.5.

²⁸ CJCE 4.12.1997, *Comm. c/ Italie*, aff. C/207/96.

transposition avec celles du droit de l'Union en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.

2°) Le respect des délais de transposition

Les États disposent d'un délai pour transposer la directive qui est déterminé en tenant compte de la nature et du degré de complexité de l'opération de transposition. Ce délai qui présente un caractère impératif²⁹ peut varier de six mois à deux ans.

L'État n'est pas obligé d'appliquer les mesures prévues par la directive avant l'expiration du délai prescrit. Il doit par contre s'abstenir de prendre toute disposition de nature à compromettre le résultat escompté par la directive³⁰ en application du principe de coopération loyale énoncé à l'article 4 §3 TUE.

Même si le nombre de procédures d'infraction pour retard de transposition (IRT) dans le domaine de l'environnement semble aujourd'hui s'infléchir³¹, la situation reste néanmoins préoccupante. Dès septembre 2007, la Commission avait d'ailleurs dû mettre en œuvre des moyens contrôle de plus en plus appropriés, principalement fondés sur le partenariat avec les États membres³².

II. LE CONTROLE DE L'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

La responsabilité du contrôle de l'application du droit de l'Union incombe d'abord aux États membres y compris les autorités locales, régionales et les tribunaux, en vertu du principe de coopération loyale de l'article 4 § 3 TUE (A). Les institutions de l'Union, la Commission en tant que gardienne du droit de l'Union et la Cour de Justice de l'Union européenne, en tant qu'organe juridictionnel sont responsables du respect du droit de l'Union par les États membres (B).

A. LE CONTROLE DES ÉTATS MEMBRES

²⁹ CJCE 5.4.1979, *Ratti*, aff. 148/78.

³⁰ CJCE 18.12.1997, *Inter-environnement Wallonie*, Rec. I. 7411.

³¹ V. en ce sens, 30^e et 31^e rapports annuels de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union, *op. cit.*, respectivement p. 2-5, 3-6.

³² « Pour une Europe des résultats. Application du droit communautaire », COM (2007) 502 final.

Les États doivent assurer un contrôle juridictionnel effectif du respect du droit de l'Union ainsi que l'affirme l'article 19 TUE. Les juridictions nationales, juges de droit commun de l'Union en sont chargés dans le cadre de leurs compétences respectives³³ (1). Les États sont d'autre part responsables des violations du droit de l'Union qui ont pour effet de priver les particuliers des droits que leur confère la règle de droit (2).

1°) Le respect du droit de l'Union par les juridictions nationales

Le Conseil Constitutionnel et les juridictions administratives surveillent le respect du droit de l'Union par les autorités chargées de sa mise en œuvre. La reconnaissance de cette compétence s'est faite au terme d'une évolution qui en a d'ailleurs précisé les limites.

Dans sa décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006 sur la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information et dans sa décision 2006-543 DC du 30 novembre 2006 sur la loi relative au secteur de l'énergie³⁴, le Conseil Constitutionnel a rappelé qu'en vertu de l'article 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle ».

Le Conseil Constitutionnel, gardien de la Constitution est compétent pour veiller au respect de cette exigence constitutionnelle quand il est saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution, d'une loi ayant pour objet de transposer une directive en droit interne³⁵. Toutefois, le contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel est soumis à deux limites. Tout d'abord, la transposition d'une directive ne peut pas aller à l'encontre d'« un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »³⁶, sauf si le constituant y a consenti.

Deuxième limite, le Conseil Constitutionnel ne pouvant pas saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours préjudiciel quand il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, il appartient aux juridictions

³³ V. Dubos O., *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz 2001 ; Dupont-Lasalle J., « La subsidiarité juridictionnelle, instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, n° 80, 2012, p. 47 s.

³⁴ V. Blumann C. et Dubouis L., *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, p. 58 et 518 s.

³⁵ CC 2006-543 DC du 30.11.2006, Loi relative au secteur de l'énergie.

³⁶ CC 2010-605 DC du 12.5.2010, Jeux d'argent et de hasard.

administratives et judiciaires de contrôler la compatibilité de la loi par rapport aux traités internationaux et de saisir si besoin est la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel³⁷. Il convient à ce propos de rappeler la contribution essentielle des juridictions nationales inférieures pour garantir le respect du droit de l'Union, notamment par le biais des questions préjudicielles³⁸.

Le Conseil d'État contrôle la légalité des actes administratifs adoptés pour mettre en œuvre le droit dérivé de l'Union.

Le Conseil d'État peut sanctionner un défaut de transposition tout d'abord en annulant le texte de transposition qu'il considère infidèle ou incomplet³⁹. Il peut aussi procéder à l'annulation de procédures ou d'actes conformes au droit interne mais qui ne répondent pas aux objectifs fixés par des dispositions non transposées de directives ou en contradiction avec des dispositions précises ou inconditionnelles qu'elles contiennent⁴⁰.

Le Conseil d'État est également compétent pour engager la responsabilité de l'État en cas de violation du droit de l'Union⁴¹ résultant soit d'un acte administratif⁴², soit d'une décision de justice⁴³ ou d'une loi⁴⁴.

2°) La responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union

L'absence, les retards ou les transpositions erronées ou incomplètes des directives ont pour conséquence de priver les particuliers de la possibilité de bénéficier des droits que leur confère la directive.

Les dommages qui leur sont ainsi causés du fait de la violation du droit de l'Union engagent la responsabilité de l'État membre en cause⁴⁵. Posé par la

³⁷ Le respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ne peut pas être invoqué dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), cette question ne relevant pas des droits et libertés garantis par la Constitution. En ce sens, CC 2010-605 DC du 12.5.2010, préc.

³⁸ Vandersanden G., *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant 2013.

³⁹ CE Sect. 28.4.2003, *Féd. franç. des courtiers d'assurance et réassurance*, req. n° 233343.

⁴⁰ CE Ass. 8.2.2007, *Sct Arcelor Atlantique et Lorraine et a.*, req. n° 287110 ; CE Sect. 6.6.2007, Ass. Le réseau « sortir du nucléaire », req. n° 292386.

⁴¹ Sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État, v. Guilloud-Colliat L., *L'action normative de l'Union européenne*, op. cit., p. 133-135.

⁴² CE 28.2.1992, *Sct. Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Leb. 78.

⁴³ CE 18.6.2008, *Gestas*, Leb. 230.

⁴⁴ CE 8.2.2007, *Gardelieu*, Leb. 56.

CJCE dès 1991 dans l'affaire *Francovitch et Bonifaci* le principe de responsabilité de l'État est « inhérent au droit communautaire »⁴⁶ et « au système des traités »⁴⁷.

La CJCE a de plus précisé que cette responsabilité sera mise en cause, sur toute forme de manquement au droit de l'Union, quel que soit l'organe de l'État qui a commis la violation, y compris une juridiction nationale statuant en dernier ressort⁴⁸.

La Cour a défini dans l'arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame III* précité, les trois conditions nécessaires et suffisantes permettant la mise en œuvre du droit à réparation pour les particuliers victimes d'une violation du droit de l'Union par l'État dont ils sont les ressortissants.

La règle de droit violée doit tout d'abord avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers ; la violation doit en second lieu être suffisamment caractérisée⁴⁹ et enfin, troisième condition, un lien de causalité doit exister entre la violation et le préjudice subi par le particulier.

L'État choisira ensuite le mode de réparation adapté dans les limites fixées par les principes d'équivalence et d'effectivité⁵⁰.

B. LE CONTROLE DES INSTITUTIONS DE L'UNION

La Commission joue un rôle très important en matière de contrôle administratif avec pour objectif d'éviter, dans toute la mesure du possible les contrôles juridictionnels (1). Toutefois, les cas encore trop nombreux de mauvaise application du droit de l'Union conduisent à des recours devant la CJUE (2).

⁴⁵ V. Bertrand C., « La responsabilité des États membres en cas de non transposition des directives communautaires », *RDP* 1994, p. 1507. ; Simon D., « La responsabilité des États saisie par le droit communautaire », *AJDA* 1996, p. 485 ; Stöckweiler T., « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE* 1992, p. 27 ; Wathélet M. et Van Raepenbusch S., « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse », *CDE* 1997, p. 13.

⁴⁶ CJCE 19.11.1991, *Francovitch et Bonifaci*, aff. jointes, c/ 66/90 et c/ 9/90, *Rec. I.* 5357.

⁴⁷ CJUE 25.11.2010, *FuB*, aff., c/ 429/09.

⁴⁸ CJCE 30.9.2003, *Köbler c/ Autriche*, aff. c/ 224/01, *Rec. I.*10239. ; CJCE 1^{er}.6.1999, *Konle*, aff. c/ 302/79, *Rec. I.* 3099. ; CJCE 4.7.2000, *Haïm*, aff. c/ 424/97, *Rec. I.* 5124 ; CJCE 5.3.1996, *Brasserie du pêcheur et Factortame III*, aff. jointes c/ 46/93 et c/ 48/93, *R. I.* 1131.

⁴⁹ La violation suffisamment caractérisée est définie comme « une méconnaissance manifeste et grave par l'État membre ou par une institution communautaire des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation », CJCE *Brasserie du pêcheur et Factortame III* préc.

⁵⁰ V. *supra*.

1°) L'intervention de la Commission

En tant que gardienne des traités, la Commission veille à ce que les États respectent le droit de l'Union. Elle dispose à cet effet d'un pouvoir d'information en ce que les États sont tenus de l'informer par des documents explicatifs des organes qu'ils ont choisis pour mettre en œuvre le droit de l'Union, mais aussi de l'état d'avancement dans la transposition des directives⁵¹.

La Commission dispose de la possibilité de mener ses propres enquêtes pour détecter les infractions au droit de l'UE. Ainsi, 1023 enquêtes ont été ouvertes par la Commission en 2013 (contre 781 en 2012), les transports, l'environnement et la justice étant les trois domaines les plus concernés par les infractions potentielles⁵².

Les citoyens, les entreprises, les organisations non gouvernementales ou d'autres organisations peuvent aussi contribuer au contrôle en introduisant des plaintes devant la Commission dans le respect des règles qu'elle a établies⁵³.

En 2012, la Commission a enregistré 3 141 nouveaux dossiers de plaintes provenant des citoyens, d'entreprises, d'organisations qui portaient essentiellement sur l'environnement⁵⁴.

En 2013, la vigilance des citoyens aux violations potentielles du droit de l'Union s'est manifestée par un nombre de plaintes en augmentation de 19% par rapport aux trois années précédentes en précisant que 72% des nouvelles plaintes concernent la justice (590), l'environnement (520), le marché intérieur et les services (494), l'emploi (470), la fiscalité et l'union douanière (452)⁵⁵.

Quand des problèmes de mauvaise application du droit ou de transposition incorrecte ont été identifiés, la Commission entame un dialogue avec l'État concerné dont la finalité est de trouver une solution dans le cadre de la plateforme en ligne « EU-Pilot »⁵⁶.

⁵¹ La Commission a prévu l'insertion, dans chaque projet de directive, un tableau de correspondance type que les États devront remplir.

⁵² 31^e rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit de l'Union (2013), *op. cit.*, p. 10.

⁵³ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen modernisant la gestion des relations avec le plaignant en matière d'application du droit de l'Union (COM (2012) 154 final).

⁵⁴ V. 30^e rapport annuel de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union, *op. cit.*, p.5-6-7.

⁵⁵ V. 31^e rapport de la Commission sur le contrôle de l'application du droit de l'Union, *op. cit.*, p. 7-10.

⁵⁶ Ce dispositif a été proposé par la Commission dans sa communication de 2007, COM (2007) 502 final du 5 septembre 2007, intitulée « *Pour une Europe des résultats* ».

Cet outil facilite la contribution des administrés à la détection des infractions au droit de l'Union et offre la possibilité de résoudre rapidement et efficacement les cas de mauvaise application du droit de l'Union (les procédures ne peuvent, en principe, durer plus de vingt semaines) avant l'ouverture d'une procédure formelle de constatation de manquement. Tous les États membres de l'Union ont adhéré à « EU-Pilot ».

Le nombre de nouveaux dossiers « EU-Pilot » a progressivement augmenté au cours des trois dernières années avec 1 201 dossiers ouverts en 2011, 1 405 en 2012 et 1 502 en 2013. Il convient d'ailleurs de préciser que la plupart des dossiers ouverts concernent l'environnement avec 396 dossiers ouverts⁵⁷

Si ces moyens s'avèrent infructueux, la Commission engagera alors une procédure d'infraction dans les conditions définies à l'article 258 TFUE et pourra ensuite saisir la Cour de Justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 260 § 3.

2°) Le recours en manquement devant la CJUE

Le défaut de communication des mesures de transposition d'une directive à la Commission, sa transposition erronée, incomplète ou inefficace⁵⁸, sa mauvaise application ainsi que les retards de transposition constituent trois cas dans lesquels un État pourra faire l'objet d'un recours en manquement devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

L'article 258 TFUE accorde à la Commission, gardienne du droit de l'Union un pouvoir discrétionnaire pour intenter un recours en manquement⁵⁹. La procédure se déroule en deux temps : la phase précontentieuse et la phase contentieuse.

Si la Commission estime qu'un État a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, elle peut engager une procédure qui

⁵⁷ La justice arrive en seconde place avec 210 dossiers, suivi des transports (200). Voir 31^e rapport annuel sur le contrôle de l'application du droit de l'Union, *op. cit.*, p. 10-11.

⁵⁸ La France a de nouveau été condamnée par la CJUE en manquement le 4 septembre 2014 parce qu'elle n'a toujours pas adopté les mesures nécessaires à la mise en œuvre *complète* et *correcte* de l'ensemble des exigences de la directive nitrate 91/676 du Conseil du 12 décembre 1991.

⁵⁹ CJCE 9.12.2004, *Comm. c/ France*, aff. c/ 177/03. En théorie, les États ont aussi l'initiative de l'action en manquement (article 259 TFUE) mais, dans la pratique, c'est la Commission qui est à l'origine du déclenchement de la procédure.

commence par la phase précontentieuse, c'est-à-dire par une lettre de mise en demeure dans laquelle l'État est invité à lui présenter ses observations.

Si l'État concerné accepte de prendre les mesures de nature à éviter le manquement, la procédure prendra fin. Dans le cas contraire, la Commission pourra émettre un avis motivé à l'État précisant les raisons de fait et de droit qui conduisent la Commission à estimer qu'il y a un manquement ainsi que les moyens et les délais pour y remédier.

Si cette dernière tentative de règlement non contentieux échoue, la Commission peut alors saisir la CJUE en vertu de l'article 258 al.2.

Dans le cas où la Cour constate le manquement, l'État doit prendre toutes les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour qui a autorité de chose jugée (article 260 § 1 TFUE). S'il ne se conforme pas aux dispositions de l'arrêt de la Cour, c'est-à-dire s'il ne l'exécute pas ou de manière incomplète, la Commission pourra introduire une nouvelle procédure de manquement fondée sur les violations secondaires de l'article 260 § 1 TFUE, le « manquement sur manquement ».

Face aux nombreux cas de non respect des décisions de la Cour, le traité de Maastricht du 7 février 1992 avait introduit la possibilité de sanctions financières⁶⁰. Le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 a amélioré le mécanisme de sanctions en cas de non exécution d'un arrêt de la Cour. L'article 260 § 2 TFUE prévoit en effet que la Commission pourra saisir directement la Cour dans le cas où un État n'aurait pas respecté l'exécution de l'arrêt en manquement, après avoir permis à cet État de présenter ses observations.

Dans le cas où un État n'a pas communiqué à la Commission les mesures qu'il a prises pour assurer la transposition d'une directive, la Commission peut, si elle intente un recours en manquement demander en même temps à la Cour la condamnation de l'État à une somme forfaitaire ou à une astreinte à la date que la Cour fixera dans son arrêt (article 260 § 3).

* *

*

En conclusion, l'effet conjugué de ces différentes mesures devrait permettre d'accroître l'efficacité du droit communautaire de l'environnement

⁶⁰ La première condamnation concernait la Grèce en juillet 2000, qui a dû payer une astreinte quotidienne de 20 000 euros jusqu'à ce que l'État respecte l'arrêt de la Cour relatif à l'installation d'une décharge non conforme aux normes environnementales communautaires. V. CJCE 4.7.2000, *Comm. c/ Grèce*, aff. c/ 387/97.

dans les années à venir. Une protection efficace de ce dernier suppose toutefois que les Etats tiers s'engagent également à le respecter davantage. Les contraindre à le faire est sans doute le grand défi qui attend le droit international public à l'occasion de la Conférence des Nations unies sur les changements climatiques (COP21) qui doit avoir lieu à Paris fin 2015.

LES LIMITES A L'INTEGRATION DANS L'UNION EUROPEENNE¹

Par
Michel BRUNO
Membre du LexFEIM
Maître de conférences HDR en droit public
Doyen honoraire de la Faculté des Affaires internationales
de l'Université du Havre

Mots clés : Union européenne – processus d'intégration communautaire – Budget européen – Harmonisation des législations – Limites.

L'Union européenne (UE) n'est-elle pas vouée à l'éclatement ? La question se pose aujourd'hui avec acuité du fait du poids croissant de deux facteurs de « désunion » montrant les limites de l'intégration européenne.

Le premier tient au principe de solidarité financière. Après la chute du rideau de fer, des raisons à la fois politiques et commerciales ont conduit l'UE à intégrer, en 2004, 2007 et 2013, 13 Etats économiquement faibles (les 10 nouveaux pays d'Europe centrale et orientale (PECO) d'une part ; la Bulgarie et la Roumanie d'autre part ; la Croatie enfin). Il revenait indirectement aux autres pays membres de financer les réformes structurelles nécessaires à leur modernisation économique au travers du budget européen. Or l'avènement de la crise de 2008 a montré que l'Union avait eu « les yeux plus gros que le ventre ». Car les Etats membres financeurs du budget européen ont désormais beaucoup de mal à résorber leur propre déficit public. Même l'Allemagne qui était en excédent budgétaire en 2014 conservait une dette de l'ordre de 80% de son Produit Intérieur Brut (PIB). L'Union européenne arrive ainsi au bout de

¹ Sources : Sites web de la Commission européenne, du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne, du Conseil européen, ainsi que les sites web Europa et toute l'Europe.

ses capacités d'aides et de subventions aux Etats économiquement faibles, comme en témoigne la crise budgétaire qu'elle traverse depuis l'année 2011. De « l'argent frais » lui serait nécessaire pour faire face à ses échéances et à ses engagements vis-à-vis des nouveaux Etats entrants. Deux pistes seraient envisageables pour lui permettre de retrouver des marges de manœuvre. L'idéal serait que l'Union trouve de nouvelles recettes budgétaires, par exemple en intégrant de nouveaux Etats riches comme la Suisse, la Norvège, et le Liechtenstein. Mais il lui faudrait aussi modifier son budget pour le faire financer sur d'autres bases que celles actuellement appliquées, dès lors qu'elles reviennent à faire assurer son financement uniquement par certains Etats membres « riches ».

Le second facteur de « désunion » tient au manque d'harmonisation entre les Etats membres sur les questions relatives aux droits de l'homme, à la libre circulation des personnes et aux matières commerciales, monétaires, sociales et fiscales. Car cette situation favorise la concurrence entre les Etats. Celle-ci s'est accrue à partir des élargissements précités de 2004, 2007 et 2013 du fait de l'arrivée de nouveaux Etats aux coûts de production faibles, dès lors que ces derniers ont attiré les investissements et favorisé les délocalisations d'entreprises d'Europe de l'Ouest. Or les choses n'ont fait que s'aggraver depuis, avec la crise économique et financière de 2008.

Les limites à l'intégration européenne découlent donc à la fois de considérations budgétaires (I) et du manque d'harmonisation des législations nationales (II).

I. LA LIMITE BUDGETAIRE A LA POURSUITE DE L'INTEGRATION ENTRE ETATS MEMBRES

La conception du budget européen apparaît très archaïque dans la mesure où il est désormais trop faible et ne correspond plus aux défis actuels auxquels l'Union est confrontée (A). A cela s'ajoute le fait que les Etats membres sont actuellement dans l'incapacité de résoudre le très grave problème budgétaire auxquels ils font face depuis l'année 2011 (B).

A. UN BUDGET FAIBLE ET INADAPTE

Le budget prévisionnel de l'Union européenne n'est que de 135,8 milliards d'euros pour 2014, ce qui est très faible rapproché des 3 800 milliards d'euros du budget fédéral américain. Car si ce dernier représente 50% du revenu national brut (RNB) du pays, le budget européen ne représente en comparaison que 1% du RNB de l'ensemble des Etats membres. Il équivaut au budget polonais et est plus de deux fois moins important que le budget

allemand qui, lui, est de l'ordre de 300 milliards d'euros. Ce budget est donc inadapté à une Union de maintenant 28 Etats.

Cette situation se comprend lorsque l'on sait que le budget a historiquement été conçu, d'une part, pour une Europe composée d'Etats essentiellement riches ayant peu d'Etats « pauvres » à financer ; et, d'autre part, comme un budget subsidiaire et complémentaire des budgets nationaux dans une Europe qui n'était pas fédérale.

Le principe de solidarité financière entre Etats riches et Etats « pauvres » sur lequel il reposait initialement n'est toutefois aujourd'hui plus pratiqué que par certains Etats membres. Tous ne sont en effet pas bénéficiaires du budget européen. Bien au contraire, puisque 9 sur 28 donnent beaucoup plus qu'ils ne reçoivent de l'Union, en particulier l'Allemagne, la France et l'Italie. Ce sont des contributeurs nets. Ils s'opposent aux Etats bénéficiaires nets qui, eux, ne font que percevoir une partie du budget européen sans y contribuer.

Certes, la réalité est en fait plus complexe, dès lors que formellement tous les Etats membres contribuent au budget européen et que tous reçoivent en retour des aides de l'Union. Mais leur contribution est fonction de leur richesse tandis que les versements qu'ils touchent se font en proportion de leurs besoins économiques. De sorte que les Etats membres les plus riches reçoivent moins d'aides et de subventions européennes que les Etats les plus pauvres et que « le solde opérationnel par Etat membre » joue en faveur des de ces derniers. Si 100 milliards du budget bénéficient en effet à tous les Etats membres, 35 milliards d'euros sont spécifiquement versés aux Etats les plus « défavorisés ». Ces derniers recouvrent ainsi totalement leurs contributions sous la forme d'aides et de subventions avec en plus des crédits supplémentaires pris sur le budget des Etats riches, tandis que ces derniers ne récupèrent qu'une partie des sommes qu'ils ont versées au budget de l'Union. Le budget de 135,8 milliards dont bénéficie formellement celle-ci apparaît donc comme un « faux » budget, dès lors que la répartition des crédits ne joue en réalité que sur environ 35 milliards d'euros. On peut ainsi considérer que cette somme constitue le véritable montant du budget européen. Ce qui ne fait que confirmer la grande faiblesse de celui-ci.

Cette grande faiblesse n'est pas son seul défaut. Car le budget apparaît en outre aujourd'hui en crise.

B. UN BUDGET AUJOURD'HUI EN CRISE

Ce budget souffre depuis 2011 d'un déficit chronique. A l'époque, il a manqué 5 milliards d'euros à redistribuer aux Etats membres. La Commission européenne a décidé de faire face à cette situation en reportant ce déficit sur l'année 2012. De sorte que le budget européen s'est, pour la première fois,

trouvé en grand déséquilibre. Des déficits étaient en effet déjà survenus en 1977, 1984 et 1986 mais ils étaient minimes et tous les autres exercices budgétaires s'étaient terminés avec de légers excédents reportés sur les années suivantes.

A la fin de l'année 2012, le déficit a atteint 9 milliards d'euros conduisant le Parlement européen à faire pression sur les Etats membres afin qu'ils le financent. Le programme « Erasmus » d'échanges d'étudiants manquait en effet d'argent tout comme le programme européen de recherche-développement et le fonds social européen alors que certains pays avaient déjà engagé les dépenses correspondantes. Les Etats membres se sont finalement mis d'accord pour financer 6 milliards sur les 9 milliards manquants, les 3 milliards restant étant passés sur l'exercice budgétaire 2013.

A nouveau, un exercice budgétaire européen a ainsi débuté en déficit. Et à la fin de l'année budgétaire 2013, celui-ci s'est à nouveau trouvé aggravé pour atteindre la somme de 16,2 milliards d'euros (ce qui représentait un déficit de 13 %). Le Parlement européen est donc à nouveau intervenu pour exiger que ce déficit soit financé, qu'un groupe de travail propose des pistes de réforme du budget de l'Union fin 2014 et qu'une conférence interinstitutionnelle soit convoquée en 2016 pour voter entériner ces propositions. Pour obtenir ce qu'il demandait, le Parlement a exercé une forme de chantage sur les Etats membres, le Conseil européen et le Conseil de l'Union européenne, à l'occasion du renouvellement du cadre financier pluriannuel (CFP) pour 2014-2020. Ce dernier détermine les dépenses maximales de l'Union pour l'ensemble d'une période. Or, depuis le Traité de Lisbonne, il ne peut, comme le budget, être adopté sans l'accord des parlementaires. De sorte que le Conseil européen a cédé à toutes leurs demandes, sauf celles relatives à une rallonge budgétaire. Le Parlement n'a en effet pu obtenir que 11,2 milliards pour combler le déficit de 16,2 milliards de l'exercice 2013, dès lors que les Etats membres étaient tenus par le plafond des dépenses autorisées par le cadre financier pluriannuel 2007-2013. Un déficit budgétaire de 5 milliards d'euros a ainsi une fois encore été reporté sur le budget 2014.

Pour être en équilibre en effet, ce budget prévisionnel aurait dû être de près de 149 milliards d'euros au lieu des 135,8 milliards effectivement adoptés. Du fait des 5 milliards de déficit reportés, le budget 2014 n'était donc en réalité que de 130,8 milliards d'euros. Ce qui constituait 19 milliards d'euros de manque pour financer l'intégralité des opérations. L'Union européenne court donc à la catastrophe budgétaire sans mesures drastiques pour remédier à la situation.

Certes la reprise de la croissance économique est annoncée au sein du marché commun pour fin 2014 / début 2015 ce qui permettraient de résoudre

en partie le déficit budgétaire européen, dès lors que les institutions ont parallèlement limité les dépenses : le Conseil européen a pris cette décision pour la période 2014-2020, obligeant ainsi la Commission à proposer la baisse significative des aides européennes dans différents secteurs tandis que le Cadre Financier Pluriannuel 2014-2020 s'est trouvé plafonné à hauteur de 960 milliards, loin des 975 milliards d'euros du plafond précédent (c'est le premier recul de son histoire).

Mais, il paraît évident que ces perspectives et mesures ne seront pas suffisantes. Il est impératif de réformer le budget de l'Union de façon drastique, si on veut qu'il cesse de pénaliser les Etats les plus riches.

Depuis 1988, une partie de ses recettes provient des droits de douane perçus par les Etats membres pour le compte de l'Union et des taxes agricoles. Mais 70% d'entre elles viennent du RNB de chaque Etat membre, de sorte que le budget est principalement financé par une sorte d'impôt sur la fortune des Etats. La recette provenant de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) présente le même défaut. Elle ponctionne en principe 0,30 % (contre 1% auparavant) de l'ensemble de la TVA collectée dans chaque Etat membre. Mais, en pratique, elle pèse le plus sur les Etats qui ont le plus d'activités économiques et donc de population.

Pour remédier à ces lacunes, la Commission européenne avait proposé en 2011 une réforme du budget destinée à baisser progressivement la part de la recette RNB pour la remplacer par la création d'une nouvelle recette TVA propre au budget de l'Union, cette recette apparaissant malgré tout plus équitable que la première.

Les Etats membres ont toutefois rejeté cette proposition. Toute modification du budget annuel, du CFP, de la procédure budgétaire ou relative au financement du budget lui-même doit en effet être approuvée à l'unanimité au sein du Conseil de l'Union. Or, déjà très difficile à trouver lorsqu'il s'agit de voter le budget, un tel consensus est quasiment impossible lorsqu'il s'agit de modifier les conditions de son financement. Les différents Etats membres qui, à la suite du Royaume-Uni en 1984, ont obtenu un rabais (Allemagne, Autriche, Pays-Bas, Suède et depuis peu Danemark) refusent en effet systématiquement d'y renoncer alors que ce rabais n'est parfois plus justifié.

Dans le cas de l'Angleterre, le « *british rebate* » exigé par Mme Thatcher s'explique historiquement par un certain nombre de facteurs tenant au fait que l'assiette de la TVA, qui était alors la principale recette de l'Union, était plus large au Royaume-Uni que dans les autres Etats ; et que le pays donnait beaucoup et recevait peu en retour de la Communauté alors qu'il était l'un des pays membres les plus « pauvres ». Pourtant, le Royaume-Uni n'a jamais voulu céder sur cette question, en dépit de la pression des autres Etats

membres. Ce sont ces derniers qui ont encore cédé, lors de l'adoption du budget 2014 et du CFP 2014-2020, en reconduisant le rabais britannique, pour éviter tout risque de blocage. Cela n'a toutefois pas empêché le premier ministre britannique actuel, M. Cameron, d'annoncer un référendum sur la sortie de son pays de l'Union en 2017. Si ce dernier a toutes les chances d'aboutir, dès lors que plus de 70% des britanniques ne veulent plus appartenir à l'Union, on peut y voir la clé du déblocage de la situation budgétaire européenne. Mais un vote positif à ce référendum ne règlera pas tous les problèmes. Car une autre limite interne à l'intégration des Etats membres provient du manque d'harmonisation des législations nationales dans des domaines importants.

II. LA LIMITE A L'INTEGRATION DUE AU MANQUE D'HARMONISATION ENTRE LES ETATS MEMBRES

Jusqu'en 2004, les membres historiques de « l'Europe des quinze » n'ont pas eu à souffrir de trop de distorsion de concurrence, dans la mesure où leurs législations étaient à peu près équivalentes en matière fiscale et sociale. Les choses ont changé à partir de cette date, du fait de l'adhésion de nouveaux Etats aux coûts de production faibles (A). Si c'est un facteur de « désunion » un autre tient au fait que les citoyens européens eux-mêmes sont désormais mis en compétition (B).

A. LA « COMPETITION » ENTRE ETATS MEMBRES

L'ancien ministre français des affaires étrangères, Jean-François Deniau, indiquait dès 1958, dans *Le marché commun*, l'un de ses très nombreux ouvrages (édité aux PUF), que la construction européenne ne pouvait réussir que si l'on harmonisait les salaires ainsi que les normes sociales et fiscales nationales.

Dans un premier temps, tant que les normes techniques de fabrication des marchandises et de contrôle sanitaire ou phytosanitaire n'étaient pas uniformisées, chaque Etat membre a pu se protéger de la concurrence des autres, malgré la disparition des droits de douane, des taxes d'effet équivalent à des droits de douane, et des restrictions quantitatives aux échanges. Il leur suffisait en effet pour se faire de maintenir des normes proprement nationales de commercialisation des produits. Mais, face à l'impossibilité du Conseil d'harmoniser ces normes techniques, la Cour de justice des Communautés européennes a, dans un second temps, décidé de sanctionner les Etats à partir de 1974, avec l'arrêt Dassonville, et, surtout, à partir de 1979 avec le célèbre arrêt Rewe-Zentral (dit « Cassis de Dijon »). Ce dernier énonce en effet le

principe selon lequel tout produit légalement fabriqué dans un Etat membre peut être commercialisé dans tous les autres Etats membres. Or, sur la base de cette jurisprudence, la Cour a condamné les Etats membres qui maintenaient des mesures faisant obstacles aux échanges en les assimilant à des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives aux échanges (sauf dans les cas où un objectif légitime d'intérêt général pouvait justifier l'existence de la législation nationale). Alors qu'à la lettre du traité de Rome seules les mesures ouvertement discriminatoires devaient être proscrites, désormais toutes les mesures ayant un tel effet, même de façon indirecte, se trouvaient interdites au terme d'un raisonnement téléologique basé sur le fait que les Etats membres s'étaient engagés à réaliser le libre circulation des marchandises en s'engageant dans le processus communautaire.

Cette jurisprudence s'est par la suite trouvée confortée par l'Acte unique de 1986, dès lors que ce dernier a levé les causes du blocage du Conseil des ministres, en prévoyant l'adoption des directives d'harmonisation à la majorité qualifiée – et non plus à l'unanimité –, en prévision de l'ouverture du marché unique au 1^{er} janvier 1993. A cette date, les contrôles sur les marchandises aux frontières se sont ainsi trouvés supprimés.

« La charrue » a toutefois été mise « avant les bœufs », dès lors que l'harmonisation des législations salariales, sociales et fiscales est restée dans les cartons communautaires sous la conjonction de deux phénomènes. Le premier tient au fait que l'harmonisation des règles salariales et sociales n'est pas prévue par le traité de 1957. Sans doute ce dernier prévoit-il la libre circulation des marchandises. Mais celle-ci n'a jamais été subordonnée à la réalisation préalable de l'harmonisation des règles nationales en ces matières. Il s'agit d'une erreur monumentale que l'on ne peut que déplorer aujourd'hui. En comparaison, l'harmonisation des législations fiscales nationales était certes en partie convenue. Et elle a eu lieu en matière de fiscalité indirecte, notamment de TVA. Mais cette harmonisation est restée quasiment lettre morte pour les autres prélèvements, du fait de l'impossibilité de satisfaire à la condition d'unanimité prévue dans les textes. Cette dernière constitue ainsi l'autre phénomène explicatif au blocage actuel.

Or, ce dernier n'est pas prêt de s'arranger. Car plus il y a d'Etats membres, plus l'harmonisation devient impossible. Les élargissements précités de 2004, 2007 et 2013 ont en effet mis en évidence cette loi d'airain, dès lors que les distorsions de concurrence liées aux bas salaires et à une fiscalité et des charges sociales très avantageuses pour les entreprises attirent les investisseurs sur le territoire des nouveaux entrants et conduisent ceux-ci à militer pour le *statu quo*.

Le choc des économies a ainsi été terrible pour les Etats traditionnellement les plus progressistes en terme de protection sociale et de services publics, comme les pays d'Europe du sud ou la France. L'Allemagne a pu résister – et même profiter ! – de ce grand marché à 28 Etats membres, tant qu'elle n'imposait pas de salaire minimum pour ses salariés. Mais, les choses changent depuis qu'elle a adopté, le 3 avril 2014, sous la pression du parti social démocrate allemand membre de la nouvelle coalition gouvernementale d'Angela Merkel, un salaire minimum horaire de 8,50 euros. Elle même risque donc à terme de se trouver fragilisée par l'absence d'harmonisation salariale, sociale et fiscale.

Celle-ci conduit la Commission européenne à accuser la plupart des pays d'Europe de l'Ouest de manquer de compétitivité pour atteindre les critères du pacte de stabilité économique et monétaire de 1997. La France est ainsi régulièrement invitée par les autorités de Bruxelles à engranger plus de recettes fiscales et à faire davantage de coupes dans ses budgets sociaux, pour respecter les fameux 3% de déficit public et 60% de dette publique par rapport à son PIB. La Commission semble pourtant être la seule véritable responsable de cette situation puisque c'est elle qui a multiplié les accords de libre échange avec des Etats tiers plus compétitifs, sans anticiper les problèmes qui pourraient en découler.

Certes, les Etats membres ont pris l'initiative en 2005 d'un allègement des critères du pacte, après un arrêt Commission/Conseil de la Cour de 2004, portant indirectement sur ce point, de façon à compenser un peu ces difficultés économiques. Mais cette initiative, loin de relancer la croissance économique, s'est heurtée à la crise de 2008². Or celle-ci les a conduits à revenir à une

² Cette crise est due à l'affaire des « *subprimes* » dont certains organismes financiers américains sont responsables. Des dettes privées douteuses ont été « titrisées » et vendues sur les marchés financiers notamment européens. Certaines banques européennes qui avaient investi dans ces produits financiers dits « toxiques » ont du être considérablement aidées par leurs Etats respectifs, en particulier en Irlande, au Royaume-Uni, en Allemagne, en Belgique et en France. Puis en 2009, la découverte de l'étendue de la dette publique grecque en raison de sa « titrisation » a obligé les autres Etats membres de la zone euro, la banque centrale européenne ainsi que le fonds monétaire international à venir au secours de la Grèce, afin d'éviter la faillite de la Grèce et la destruction de la zone euro. Les spéculateurs financiers s'étaient en effet attaqués à l'immense dette Grecque en recherchant la faillite de la Grèce mais aussi à celle du Portugal, de l'Irlande, de l'Espagne et même à celle de l'Italie. Il est certain que la majeure partie des spéculateurs voulaient ainsi détruire la zone euro. La réaction des Etats membres de l'Union européenne et en particulier des Etats membres de la zone euro a été d'empêcher les mouvements spéculatifs, en régulant à nouveau les marchés financiers à commencer par l'interdiction des « *credits default swaps* » c'est-à-dire les contrats d'assurance à nu sur des titres que les porteurs de contrats n'avaient plus et avaient revendu tout en conservant le contrat d'assurances. Les Etats membres ont aussi très vite mis en place des

application plus stricte du pacte de stabilité, sous la pression de l'Allemagne et de la Commission. Cette dernière leur a en effet demandé de respecter rapidement les critères de 1997, afin d'éloigner la spéculation et les risques pesant sur la zone euro. Pour assurer leur respect, le Conseil de l'Union ainsi que le Conseil et le Parlement européens ont en outre décidé de renforcer la procédure de sanction visant les contrevenants.

C'est ainsi qu'en mars 2012, 25 Etats membres (sur 27 à l'époque, tous moins le Royaume-Uni et la Tchéquie) ont adopté un nouveau traité imposant « la règle d'Or », c'est-à-dire le zéro déficit pour 2017, avec une tolérance de 0,5%.

A l'usage, cette règle s'avère toutefois doublement contreproductive. Outre qu'elle apparaît davantage comme une machine anti-croissance de nature à alimenter la crise du budget européen, elle contribue à niveler par le bas les législations nationales des pays membres. Elle conduit en effet un certain nombre d'Etats à réduire ou détricoter encore plus leurs dépenses publiques ou leurs acquis sociaux (droits des travailleurs, prestations sociales, services publics etc.).

Si pour cette raison la compétition commerciale entre Etats membres sans harmonisation salariale, sociale et fiscale apparaît comme un réel facteur de « désunion », force est de constater qu'il en est de même des règles qui reviennent à mettre en compétition les citoyens européens eux-mêmes.

B. LA « COMPETITION » ENTRE CITOYENS EUROPEENS

Deux sortes de problème sont posés par la compétition entre citoyens européens à laquelle conduit le droit communautaire aujourd'hui.

La première difficulté tient à la mise en concurrence des travailleurs européens découlant de la directive du 16 décembre 1996, sur l'application du statut personnel aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services. Cette directive trouve son fondement dans deux principes affirmés dès 1957 par le traité de Rome : le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et son corollaire, le principe d'égalité de traitement entre les ressortissants communautaires installés dans un autre Etat membre et les ressortissants nationaux. Ces principes pouvaient en effet être interprétés de deux façon. On pouvait en déduire l'obligation d'assujettir en principe les travailleurs au droit national du pays d'accueil, dès lors qu'ils travaillent dans un autre Etat membre ; ou on pouvait au contraire en déduire la possibilité de continuer d'assujettir les intéressés au droit de leur pays d'origine, même dans

mécanismes de soutien financier spécifiques tandis que la banque centrale européenne, contre l'avis de l'Allemagne, rachetait indirectement de la dette aux Etats en difficulté.

ce cas. Si les pays historiques de l'Europe des quinze étaient globalement attachés à la première interprétation, les nouveaux Etats membres issus des élargissements de 2004, 2007 et 2013 ont milité en faveur de la seconde, plus avantageuse à leurs ressortissants dès lors que leurs droits sociaux sont moins développés. Ils se sont à cette fin prévalus d'un certain nombre d'arguments juridiques. Ils ont d'abord fait valoir que le principe de non discrimination ne s'impose qu'aux sociétés implantées dans l'Etat d'accueil du travailleur ; et non aux sociétés établies dans un autre Etat-membre. Ensuite, ils ont invoqué la nouvelle interprétation apportée à la liberté contractuelle en droit communautaire, depuis la convention de Rome de 1980 et sa révision par un règlement de 2008. Ces deux textes précisent en effet que les contractants sont libres de choisir la loi applicable : soit la loi du pays d'accueil, soit celle du pays d'origine de l'entreprise. L'interprétation des pays d'Europe de l'Est l'ayant emporté, on assiste depuis 2004 à une double mise en concurrence des travailleurs des Etats membres : non contents d'être en concurrence en terme de créations d'emplois sur les différents territoires nationaux, ils sont désormais en concurrence pour l'obtention d'un emploi dans leur propre pays. Comme, en pratique, les travailleurs des nouveaux Etats membres tirent de leur caractère « *low cost* » un véritable avantage par rapport à leurs homologues d'Europe de l'Ouest, la directive de 2006 permet en effet aux entreprises prestataires de services originaires des pays les moins protecteurs pour les travailleurs de se tailler de nouvelles parts de marché au détriment des entreprises des pays les plus progressistes. Cette réglementation met ainsi à mal le modèle social de ces derniers en donnant une prime au « moins-disant social » de certaines législations nationales. En réaction, certains Etats membres comme la France souhaitent modifier la directive de 2006, en mettant en avant le principe du « *fair trade* », du « juste échange », et la nécessité de prendre en considération dans les échanges entre Etats membres les questions sociales et environnementales. Mais un accord sur ce point semble peu probable pour le moment.

La deuxième sorte de difficultés à laquelle conduit l'absence d'harmonisation des législations nationales tient à une application à géométrie variable des droits et libertés garantis par le droit de l'Union qui, tantôt avantage les citoyens de certains Etats membres, en l'occurrence les citoyens britanniques et irlandais, tantôt au contraire les pénalise, en l'occurrence les citoyens britanniques, polonais et tchèques.

Les premiers sont tout d'abord avantagés par les règles relatives au droit de libre circulation au sein de l'Union, dès lors qu'ils peuvent circuler sur son territoire sans être l'objet de contrôle aux frontières alors que la réciproque n'est pas vraie pour les autres citoyens européens qui souhaitent accéder aux

territoires britannique et irlandais. L'origine de cette discrimination est à rechercher dans l'Acte unique de 1986. Celui-ci prévoyait un espace sans frontières pour les personnes à l'horizon 1993. Mais les britanniques et les irlandais n'ont accepté de le ratifier qu'à condition de pouvoir maintenir des contrôles à leurs frontières tandis que cinq Etats membres (Allemagne, Belgique, Luxembourg, Pays-Bas et France) signaient au contraire en 1990 la convention de Schengen, afin de permettre la suppression de tels contrôles les concernant³. Or ce groupe des cinq fut très vite rejoint par tous les autres Etats membres puis par les nouveaux entrants avant que le traité de Maastricht de 1992 ne conforte, une première fois, le droit de libre circulation en en faisant une composante des droits des citoyens de l'Union. Après quelques péripéties dramatiques liées aux attentats de juillet 1995 en France, la convention de Schengen est effectivement entrée en vigueur courant 1996. Or le principe de libre circulation s'est alors une nouvelle fois trouvé renforcé par le traité d'Amsterdam de 1997, dans la mesure où celui-ci a intégré les accords de Schengen dans le droit originaire. Comme à chaque fois le Royaume-Uni et l'Irlande ont maintenu leurs réserves⁴, seuls leurs ressortissants jouissent toutefois véritablement du principe de libre circulation, ceux des autres pays membres étant toujours soumis aux contrôles opérés à l'entrée et à la sortie des frontières de ces deux Etats.

Inversement cependant, les ressortissants du Royaume-Uni, de la Pologne et de la Tchéquie ne bénéficient pas avec la même force que leurs homologues européens des acquis de la Charte des droits fondamentaux de 2000, bien qu'elles confèrent de nouveaux droits aux citoyens de l'Union. Depuis le traité de Lisbonne de 2007, cette Charte a certes acquis une valeur juridique. Mais ces trois pays n'ont accepté d'y être soumis que lorsqu'elle est conforme à leur législation nationale. De sorte qu'en cas d'incompatibilité avec elle, c'est leur droit national qui prévaut, sans recours possible puisque la Cour de justice de l'Union européenne ne peut que s'incliner devant cette solution. Cette analyse doit certes être nuancées. Ces trois Etats sont en effet aussi membres de la Convention européenne des droits de l'homme dont les droits recourent largement ceux de la Charte de 2000, si bien que cette dernière bénéficie d'une sorte de protection indirecte par le jeu de la CEDH. Malgré l'efficacité de cette dernière, la citoyenneté européenne ne produit toutefois pas les mêmes effets à l'égard de tous les ressortissants de l'Union. Or cette inégalité est bien une

³ Les accords prévoient en outre le renforcement des contrôles à leurs frontières extérieures et la mise en place d'une politique de visa et d'immigration commune.

⁴ Ils ne souhaitent en effet participer aux règles de Schengen qu'en matière de lutte contre le terrorisme, le banditisme, le blanchiment de l'argent sale ou tous autres trafics.

limite à la construction communautaire, source de « désunion », dès lors qu'elle freine l'apparition d'un véritable sentiment d'appartenance européen.

* *

*

Les limites à l'intégration dans l'Union européenne sont donc bien réelles et ne semblent pas devoir trouver leur épilogue avant 2017. En dépit de la conférence prévue en 2016, la résolution des limites budgétaires semble en effet conditionnée à un « Brexit » (retrait du Royaume-Uni de l'UE). Quant à celles relatives à l'harmonisation des règles entre les Etats membres et entre les citoyens européens, leur issue dépendra des effets de la substitution de la règle de la majorité des Etats membres représentant 65% de la population européenne à la règle de la majorité qualifiée actuellement en vigueur pour les votes au sein du Conseil de l'Union. Dès lors que cette substitution devrait être favorable aux grands Etats, comme l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et la France, ces derniers devraient en effet pouvoir s'en servir pour préserver leurs citoyens et leurs travailleurs face à la concurrence sociale, fiscale et commerciale des Etats membres d'Europe de l'Est.

2017 s'annonce ainsi comme une date cruciale pour le processus communautaire. En écho au célèbre « Nous unissons des hommes » de Jean Monnet, l'un des pères fondateurs de l'Union européenne, il reviendra alors aux gouvernants des pays membres de la communauté de décider s'ils veulent une Europe des marchands ou une Europe des citoyens, c'est-à-dire une Europe qui nivelle les conditions de vie de chacun par le bas ou... par le haut.

AXE 2

L'IDENTITE DES ETATS EN QUESTION

ANALYSE COMPAREE DES POUVOIRS DES PRESIDENTS KAZAKH ET FRANÇAIS EN MATIERE DE POLITIQUE ETRANGERE ET DE DEFENSE

Par
K. N. SHAKIROV
Professeur de droit
Doyen de la Faculté des relations internationales
de l'Université al-Farabi

Mots clés : Démocratie – Régime semi-présidentiel – Politique étrangère – Pouvoirs diplomatiques et militaires du chef de l'Etat – Dictature de salut public.

Bien que le système moderne des relations internationales ne se réduise pas aux relations entre États, ces derniers en sont toujours au cœur. C'est pourquoi leurs politiques étrangère et de défense a un impact sur son fonctionnement.

La détermination de leur contenu est fonction de multiples facteurs, tels notamment que les conditions climatiques, les ressources naturelles, la population, l'ordre politique interne, la croissance économique ou encore la situation géopolitique du territoire. Nombre d'anciennes républiques soviétiques (tels que le Kazakhstan) s'efforcent par exemple depuis les années 1990 d'entretenir des relations étroites avec différents pays dans le monde comme la France, forts de ce constat qu'un Etat ne peut pas aujourd'hui se renfermer dans les limites géographiques du continent auquel il appartient ou de la sphère d'influence de son ancienne puissance de tutelle.

Si ces considérations expliquent que chaque Etat ait sa propre politique étrangère et de défense, le droit comparé a le mérite de rappeler qu'il existe

une dominante dans l'élaboration et sa mise en œuvre de cette dernière : le rôle central du chef de l'État.

Celui-ci ne fait pas de doute dans les Etats autoritaires. Mais il se retrouve aussi dans les Etats démocratiques, tels que la France ou le Kazakhstan.

L'étude comparée de ces deux pays fait sens, dès lors qu'ils ne sont pas sans points communs. D'une part en effet, tous deux partagent la conception gaullienne « d'un État fort » pourvoyant au renforcement du rayonnement national dans le monde. D'autre part, la Constitution kazakh du 5 septembre 1995 s'est inspirée lors de son élaboration de la Constitution française du 4 octobre 1958. Sans doute, les deux textes ne se confondent-ils pas pour autant. Car comme le remarque N. A. Sakharov, le contenu d'une Constitution reflète les « particularités du développement historique du pays, la spécificité de sa culture politique, les traditions de la structure de l'État, le rapport des diverses forces politiques » etc. Mais, même si de telles divergences existent, les deux Constitutions ne s'accordent-elles pas, au fond, pour reconnaître d'importants pouvoirs d'impulsion (I) et moyens de coercition (II) au président de la République en matière de politique étrangère et de défense ?

I. LES POUVOIRS D'IMPULSION

Sans doute la politique étrangère et de défense est-elle une compétence partagée dans les régimes démocratiques entre l'Exécutif et le Législatif. Mais le chef de l'Etat n'en est pas moins investi d'importants pouvoirs d'impulsion qui se manifestent à deux moments clés.

Lors de l'élaboration de la stratégie de politique étrangère et de défense, tout d'abord. Les choses sont très claires en droit kazakh, puisque l'article 40 de la Constitution, tel que complété par la Loi constitutionnelle sur le président de la République du 26 décembre 1995, confie à ce dernier le soin de définir les principales orientations de la politique étrangère et de défense du pays. Ce cadre juridique sans ambiguïté explique que le chef de l'Etat kazakh soit fondé à régulièrement souligner dans ses discours que cette politique est l'affaire du président. Les choses sont plus complexes en comparaison en droit français, puisqu'il faut ici distinguer selon la lettre et la pratique de la Constitution, d'une part, et selon qu'on est ou non en période de cohabitation, d'autre part. A la lettre en effet, l'article 20 de la Constitution confie la détermination de la « politique de la nation » au Gouvernement. Ce dernier – et non le chef de l'Etat – devrait donc être en charge de l'élaboration de la politique étrangère et de défense. Mais le père fondateur de la Ve République, le général de Gaulle, fût aussi le premier président du nouveau régime. A ce titre, il a forgé une coutume constitutionnelle qui en période de fait majoritaire laisse la primauté au chef de l'État au détriment du chef de gouvernement pour ce qui relève de

la détermination de la politique étrangère. Ce dernier ne retrouve ses prérogatives constitutionnelles qu'en cas de cohabitation. Mais, même alors, le président de la République jouit d'importantes prérogatives qui lui permettent de préserver son pouvoir d'impulsion en la matière, dès lors que l'article 5 de la Constitution fait de lui le « garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ». Les différences existantes entre le droit kazakh et français ne doivent donc pas masquer l'importance du rôle d'impulsion à chaque fois donnée au chef de l'Etat. Ce rôle est d'autant plus fondamental que les deux pays font du président l'arbitre ultime en cas de désaccord avec ou entre les autres institutions de l'Etat dans ce domaine. Comme le résume V. A. Malinovsky, « l'arbitrage politique représente le moyen « chirurgical » pour régler les désaccords entre les autorités suprêmes des branches législatives et exécutives, quand l'unité de l'Etat ou la souveraineté nationale » est menacée. Or les articles 5 de la Constitution française et 40 de la Constitution kazakh ont en commun de confier au président le soin d'assurer, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat. Grâce à ce pouvoir, la politique étrangère et de défense apparaît comme une structure globale interconnectée d'éléments hiérarchisés reposant sur la figure centrale du président de la République.

Le pouvoir d'impulsion de ce dernier se vérifie ensuite lors de la mise en œuvre de cette politique du fait de trois prérogatives importantes qui lui sont alors reconnues.

Dans les deux pays le président est, en premier lieu, en principe l'unique interlocuteur de ses homologues étrangers, ce qui lui permet de mener une sorte d'activité diplomatique personnelle lors des différentes rencontres qu'il a avec eux. A l'extérieur, il est en effet seul habilité à représenter l'Etat dans l'arène internationale lors de discussions au sommet. A l'intérieur des frontières nationales, une règle coutumière du droit international public lui réserve le privilège (et le devoir !) de rencontrer et d'accompagner tout autre chef d'Etat en visite officielle.

La diplomatie personnelle du chef de l'Etat se trouve, en deuxième lieu, relayée par l'action des ambassadeurs et autres représentants plénipotentiaires de l'Etat à l'étranger (comme les messagers extraordinaires par exemple) qu'il lui revient de désigner. En France, ces autorités sont certes nommées en Conseil des ministres. Mais, juridiquement, les décisions de ce dernier émanent du président. De sorte que c'est bien ce dernier qui nomme les intéressées (tout comme les « officiers généraux »).

Enfin, en troisième lieu, il revient au chef de l'Etat de négocier et signer les accords internationaux (cf. art. 44 de la Constitution kazakh et 52 de la

Constitution française). Sans doute les prérogatives du président français sont-elles plus importantes ici, dès lors qu'il a le pouvoir de ratifier sans autorisation du Parlement certains traités (art. 52 de la Constitution) alors que leur ratification relève normalement du parlement en droit kazakh (art. 54 de la Constitution). Mais, d'une part, le Parlement français est compétent pour approuver la ratification des traités les plus importants (traités de commerce, relatifs à l'état des personnes ou à l'organisation internationale, modifiant les dispositions de nature législative ou comportant cession, échange ou adjonction de territoire) ou ayant une incidence financière (cf. art. 53 de la Constitution française). Et, d'autre part, le chef de l'Etat a dans les deux pays des moyens constitutionnels de contester la décision du parlement en déférant la loi de ratification au juge constitutionnel (cf. article 73 de la Constitution kazakh et article 61 de la Constitution française).

Pour toutes ces raisons, l'étude comparée du droit français et kazakh confirme l'important pouvoir d'impulsion des chefs d'Etat en matière d'élaboration et de mise en œuvre de la politique étrangère. Ce pouvoir se double toutefois d'importants moyens d'action d'ordre plus coercitifs.

II. LES MOYENS DE COERCITION

En droit kazakh comme en droit français, le président joue un rôle déterminant au plan militaire même si ses compétences en la matière sont là encore contrebalancées par celles d'autres autorités, comme c'est la règle dans les pays démocratiques.

D'une part en effet, seul le parlement a le pouvoir de déclarer la guerre à un État belliciste ou de faire la paix avec lui. Ses attributions en ce domaine sont en effet reconnues par la Constitution des deux pays (cf. art. 55 de la Constitution kazakh et 35 et 53 de la Constitution française).

D'autre part, le parlement exerce parallèlement un contrôle sur les « pouvoirs de force » confiés au chef de l'Etat. L'expression renvoie au commandement des forces armées du pays par le président et à son droit de prendre les mesures immédiates nécessaires pour faire face aux menaces pesant sur l'intégrité du pays comme une attaque étrangère. Il est en effet habilité à donner sans attendre l'ordre aux forces armées de commencer les hostilités contre l'agresseur (cf. art. 44 de la Constitution kazakh et art. 35 de la Constitution française). Ces pouvoirs de force sont particulièrement sensibles lorsqu'ils se traduisent par le recours aux pleins pouvoirs présidentiels (cf. art. 44 de la Constitution kazakh et 16 de la Constitution française), dès lors que ces derniers peuvent favoriser la dictature d'un chef de l'Etat peu scrupuleux, sans contrepoids puissant(s). C'est pourquoi leur utilisation fait l'objet d'une procédure très stricte qui en France comme au

Kazakhstan fait intervenir le premier ministre et le Parlement. Dans les deux pays en effet, le chef de l'Etat doit d'abord informer les intéressés de son intention de recourir aux pleins pouvoirs. De la sorte, les parlementaires sont en mesure 1°) de vérifier si les conditions prévues par le texte constitutionnel pour y recourir sont ou non réunies (menace grave et immédiate pesant sur les institutions démocratiques, l'indépendance ou l'intégrité territoriale); et 2°) d'engager la responsabilité du président dans la négative pour autre trahison (art. 47 de la Constitution kazakh) ou « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » (art. 68 de la Constitution française issu de la révision n° 2007-238 du 23 février 2007). La Constitution française est toutefois plus précautionneuse que la Constitution kazakh, dans la mesure où elle fait intervenir le pouvoir judiciaire dans la procédure. Elle prévoit en effet parallèlement la saisine pour avis du Conseil constitutionnel lors de son déclenchement, sur les mesures prises par le chef de l'Etat et sur la question de savoir si les conditions requises pour recourir à l'article 16 sont toujours réunies 30 et 60 jours après le début de son utilisation.

* *

*

Il découle de tout ce qui précède que les prérogatives du président de la République kazakh et français confirment bien la tendance du droit constitutionnel à faire du chef de l'Etat la clé de voûte de la politique étrangère et de défense. Cette solution n'est pas vraiment surprenante, dès lors que le droit kazakh s'inspire sur de nombreux points du droit français. Mais il ne se confond pas pour autant avec lui. Le droit constitutionnel kazakh garde en effet certaines spécificités, qui s'expliquent par sa situation géopolitique, les attentes de son opinion publique et son organisation administrative.

Ces spécificités expliquent l'originalité des dispositions constitutionnelles relatives à l'état de crise qui tendent à renforcer les marges de manœuvre du président kazakh par rapport à celles dont jouit son homologue français. On peut toutefois s'interroger sur l'insuffisance qui en découle des mécanismes constitutionnels kazakhs destinés à éviter qu'un chef de l'Etat peu scrupuleux ne profite des pleins pouvoirs pour instaurer une dictature personnelle.

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE KAZAKH

Par

Z. K. AYUPOVA

Professeur de droit international
à l'Université al-Farabi
Boursière du Programme *Fulbright*

et

D. U. KUSSAINOV

Professeur de philosophie
à l'Université Abaï

Mots clés : Justice constitutionnelle – Conseil constitutionnel – Contrôle de constitutionnalité – Contentieux électoral.

L'analyse juridique comparative du contrôle de constitutionnalité traduit indéniablement une convergence des systèmes juridiques. A. A. Klishas, dans son essai sur *Le contrôle de constitutionnalité et la justice constitutionnelle des pays étrangers*, note en effet une tendance mondiale à l'universalisation de l'institution¹. Cette évolution se traduit par l'existence d'un contrôle de constitutionnalité dans plus de cent-soixante-quatre pays et s'explique, selon l'auteur, à la fois par une banalisation de la technique juridique et par le développement de l'idée de primauté de la Constitution en tant que source la plus importante du droit interne.

Cette universalisation n'est toutefois pas synonyme d'uniformisation. Jusqu'au milieu du XXe siècle, deux modèles de justice constitutionnelle

¹ Klishas A. A., *Le contrôle de constitutionnalité et la justice constitutionnelle dans les pays étrangers*, Thèse ès sciences juridiques, 2007, p. 7.

coexistent en effet, les modèles « américain » et « européen ». Or ces derniers font désormais l'objet d'une forme d'« hybridation » du fait de l'apparition de modèles mixtes, comme au Brésil, en Grèce ou encore en France.

Non seulement, en effet, le contrôle de constitutionnalité combine dans ces pays certaines caractéristiques inhérentes aux modèles « classiques » de justice constitutionnelle, mais on assiste désormais à une véritable personnalisation du contrôle de constitutionnalité, avec l'apparition de modèles mixtes qui dépassent les modèles hybrides les plus courants. Si bien que les spécialistes distinguent aujourd'hui quatre sortes de contrôle de constitutionnalité: 1°) le contrôle diffus exercé par n'importe quelle juridiction, de la juridiction de base à la juridiction suprême (Etats-Unis, Danemark, Mexique); le contrôle centralisé réservé au juge judiciaire suprême (Australie, Inde, Irlande); le contrôle diffus réservé à des tribunaux d'exception (Russie, RFA) ; enfin, le contrôle centralisé confié à une juridiction d'exception, extérieure à l'ordre judiciaire proprement dit.

Si ce modèle a longtemps prévalu en France sous la Constitution du 4 octobre 1958, il a été transposé au Kazakhstan par la Constitution du 5 septembre 1995. Mais la question se pose : cette transposition s'est-elle faite avec succès ?

Il apparaît à l'analyse que, bien que récente (I), la justice constitutionnelle kazakhe soit efficace (II).

I. UNE JUSTICE RECENTE

Contrairement à d'autres Etats, il a fallu attendre les XXe et XXIe siècles pour que le Kazakhstan fasse sa transition vers le constitutionnalisme.

Il ressort de la littérature juridique que cette évolution s'est faite en quatre étapes, à la suite de la chute de l'Union soviétique. Tandis que la première a été marquée par la Déclaration de souveraineté du 25 octobre 1990, la seconde découle de la loi constitutionnelle du 16 décembre 1991 proclamant l'indépendance du pays et, la dernière, de la Constitution transitoire du 28 janvier 1993². La Constitution de 1995 marque l'ultime aboutissement de ce processus. Malgré les critiques dont elle fait l'objet et les difficultés soulevées par son application, celle-ci a ainsi hérité des expériences positives et négatives passées, réalisées au cours des années qui ont suivi l'indépendance. Or il est frappant de constater que la création d'une justice constitutionnelle s'est imposée comme une nécessité dès le début du mouvement d'émancipation nationale.

² Kotov A. K., « Constitution et constitutionnalisme », *Réforme juridique du Kazakhstan*, 2000, n° 2(6), p. 3 s.

La première tentative de création d'une telle justice date en effet de 1989. Elle prend alors la forme d'une révision de la Constitution socialiste soviétique kazakhe de 1978 prévoyant la création d'une Commission de supervision constitutionnelle. Cette Commission n'a toutefois jamais vu le jour. C'est pourquoi il a fallu attendre l'indépendance du pays pour qu'une véritable justice constitutionnelle fasse son apparition au Kazakhstan.

C'est la loi constitutionnelle précitée de 1991 qui crée la première Cour constitutionnelle nationale, en en faisant le garant judiciaire du respect de la Constitution. Cette cour a pris ses fonctions l'année suivante, après l'adoption des différentes lois de procédure nécessaires à son fonctionnement et l'élection de son président et de ses dix assesseurs, et à fonctionner jusqu'à la fin de l'année 1995.

Le 30 août 1995 en effet, suite à l'adoption de la nouvelle Constitution, la haute juridiction a été remplacée par un Conseil constitutionnel (prévu par la Section VI de la nouvelle Constitution) inspiré de la Constitution française. Or, à l'usage, la justice rendue par la nouvelle institution s'est révélée efficace.

II. UNE JUSTICE EFFICACE

L'efficacité de la justice constitutionnelle kazakhe tient aux pouvoirs étendus du juge constitutionnel et à ses garanties d'indépendance.

S'agissant de ses pouvoirs, le juge constitutionnel apparaît comme un élément essentiel de l'Etat de droit kazakh, dans la mesure où il est investi d'une mission à la fois de résolution des conflits entre les pouvoirs constitutionnels et de gardien de la place de la Constitution dans la hiérarchie des normes.

Au titre de ses pouvoirs de résolution des conflits, le Conseil est notamment en charge du contentieux des grandes élections nationales, c'est-à-dire des élections parlementaires, référendaires et présidentielles (art. 73). A ce titre, la décision qu'il a rendue à propos du découpage inégal des circonscriptions législatives est restée célèbre au Kazakhstan. Saisie par une plainte individuelle, le Conseil n'a en effet pas hésité à invalider les élections parlementaires, obligeant par la suite le Président Noursoultan Nazarbaïev à prononcer la dissolution du Conseil suprême. Parallèlement, le juge suprême est également compétent pour dire si les formes prévues par la Constitution ont été observées en cas d'empêchement ou de destitution du Chef de l'Etat (art. 47), ce qui confirme bien l'importance de ses missions en terme de résolution des conflits.

Si celles-ci se doublent d'un rôle de gardien de la hiérarchie des normes, la haute juridiction est amenée à ce titre, non seulement à procéder à l'interprétation officielle des dispositions de la Constitution, mais aussi à

sanctionner les dispositions législatives ou conventionnelles qui y contreviennent (art. 72). L'ancien président du Conseil constitutionnel du Kazakhstan, Yu Kim, avait souligné l'importance de ces nouvelles prérogatives. « La Constitution ayant force de loi suprême », expliquait-il « tout acte juridique d'une autorité publique ou d'un agent public doit s'y conformer ». Cela ne veut pas dire que les normes inférieures doivent recopier le texte Constitutionnel, poursuivait-il, mais que leurs auteurs doivent veiller à appliquer ces principes dans la réalisation de la législation ou son application », de façon à ce que l'ordre juridique ne fasse qu'un³. Le fait que le président Kim évoque la soumission de « l'activité juridique » dans son ensemble à la Constitution – et non pas de la seule « activité législative » – montre que le respect du texte suprême s'impose à tous en droit kazakh. Mais le Conseil constitutionnel est prioritairement chargé de veiller au respect de la Constitution par les lois et les traités. A ce titre, il lui revient notamment de contrôler l'application des règles procédurales prévues par la Constitution quant à la répartition des tâches entre le gouvernement – qui a, avec les parlementaires et le chef de l'Etat, l'initiative des lois (art. 61) – et le parlement – en principe chargé de les voter.

En ce qui concerne son indépendance, le Conseil constitutionnel tire ses garanties de considérations à la fois politiques et juridiques. Sur le plan politique, son existence correspond à une volonté du peuple souverain et il apparaît difficile aux autres pouvoirs publics constitutionnels de l'ignorer. D'autant que, sur le plan juridique, la Constitution lui garantit le statut de pouvoir public non seulement constitutionnel mais aussi séparé des autres pouvoirs que sont le législatif (le Parlement) et l'exécutif (le gouvernement et le Président de la République⁴). Certes les sept juges constitutionnels sont nommés par le pouvoir politique. Outre en effet que le président de l'institution, le chef de l'Etat nomme deux juges à concurrence avec le président de chaque assemblée qui nomment deux juges également. Mais la personne des membres du Conseil est inviolable, leur mandat est incompatible avec un autre mandat ou une autre fonction publique et ne peut excéder six années (art. 71). De sorte que, rapprochées de l'attachement populaire à l'existence d'une justice constitutionnelle, ces garanties permettent au Conseil de jouir d'une véritable indépendance⁵ qui contribue à l'efficacité de son action.

³Kim Yu, « Rôle de la Constitution de la République du Kazakhstan dans la garantie de la législation et l'ordre juridique », *Réforme juridique au Kazakhstan*, 2000, n° 1(5), p. 3 s.

⁴*Idem.*, p. 23.

⁵ « Stratégie et orientations principales de la réforme juridique dans la République du Kazakhstan (2ème étape) », *Journal juridique*, 16.10.1999.

* *

*

En conclusion, le Conseil constitutionnel kazakh est une nouvelle institution qui, au contraire des organes exécutifs ou des tribunaux de droit commun, ne peut compter ni sur une jurisprudence bien établie, ni sur des règles coutumières bien enracinées pour le guider dans son action.

Malgré ces handicaps, le Conseil constitutionnel a su s'imposer, grâce à un fort soutien populaire, comme une autorité incontournable du droit constitutionnel kazakh du fait de l'efficacité et de l'indépendance dont il a su faire preuve jusqu'alors dans son action vis-à-vis des autres pouvoirs publics constitutionnels.

L'INFLUENCE DE LA LEGISLATION FRANÇAISE SUR LA PROFESSION D'AVOCAT EN DROIT KAZAKH ET SES LIMITES

Par
Gulmira MASHIMBAEVA
Professeur de droit international
à l'Université al-Farabi

et

Jeanie MANABAEVA
Maître de conférences en FLE
à l'Université al-Farabi

Mots clés : Barreau – Statut – Droits de la défense – Profession – Avocats – Conditions d'accès à la profession – Formation initiale et continue – Assurance de responsabilité professionnelle – Déontologie – Ethique professionnelle – Secret professionnel.

Le barreau étant un élément essentiel de la garantie des droits de l'homme, son efficacité est un indicateur de la transformation d'un Etat en Etat de droit

De ce point de vue, l'intérêt de la profession d'avocats, dont l'existence est pluriséculaire, n'est plus à démontrer en droit français¹, puisque le pays compte au 1^{er} janvier 2014, 60 223 avocats soit un ratio de 92,7 avocats pour 100 000 habitants². Leur existence apparaît en comparaison plus récente en

¹ V. Smolensky M. B., Le barreau dans les pays étrangers (les exemples de l'Allemagne, des Etats-Unis et de la France), <http://uristinfo.net>.

² http://cnb.avocat.fr/Les-Chiffres-cles-de-la-profession-actualises-pour-l-annee-2014--Observatoire-du-Conseil-national-des-barreaux--Mars_a2222.html.

droit kazakh, dans la mesure où la profession n'est indépendante que depuis une vingtaine d'années.

Si l'expérience française a rapidement servi de modèle à l'élaboration de son cadre juridique, l'examen comparé de la législation des deux pays montre toutefois que ce dernier reste perfectible en droit kazakh, tant en ce qui concerne la qualification des avocats (I) que les règles qui s'imposent à eux dans l'exercice de leur profession (II).

I. LES INSUFFISANCES DES REGLES RELATIVES A LA QUALIFICATION DES AVOCATS

Si leur examen comparé témoigne de la volonté du droit kazakh de s'inspirer du droit français pour assurer l'efficacité de la profession d'avocat, cette transposition s'est faite sous réserves d'adaptations qui ne sont pas sans poser de problèmes.

D'un côté, cette volonté est manifeste à deux égards.

Elle se déduit, d'une part, du caractère législatif des règles relatives à la qualification à l'exercice de la profession d'avocat. Tandis qu'il s'agit en droit français de la loi modifiée n° 71-1130 du 31 décembre 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, il s'agit en droit kazakh de la loi n° 195-I du 5 décembre 1997, relative à l'exercice de la profession d'avocat.

D'autre part, cette volonté ressort de l'examen comparé de ces deux textes, dès lors qu'ils subordonnent tous deux l'accès à la profession à 4 sortes de conditions, à savoir à des conditions :

1° de nationalité (il faut en principe être français d'après la loi de 71 et kazakh d'après celle de 1997 mais des exceptions sont possibles dans les deux pays si elles procèdent d'accords internationaux) ;

2° de diplôme (il faut être titulaire d'une maîtrise de droit ou d'un diplôme jugé équivalent en France et d'une licence en droit au Kazakhstan) ;

3° d'aptitude (il faut en principe obtenir, après le suivi d'une formation incluant des périodes de stage(s) professionnel(s), un certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA) en France et une licence d'exercice au Kazakhstan ; par dérogations, les juristes remplissant certaines conditions d'ancienneté et ayant fait la preuve de leurs compétences, comme les magistrats par exemple peuvent également devenir avocats) ;

4° de « moralité », puisque il ne faut pas avoir été frappé par des sanctions infamantes (le candidat ne pouvant avoir fait l'objet de certaines sanctions juridictionnelles (d'ordre pénal ou commercial), disciplinaires ou administratives dans les deux pays).

D'un autre côté toutefois, le droit kazakh présente certaines spécificités qui posent problème quant aux principes d'efficacité et d'indépendance du barreau.

Tout d'abord, en effet, l'accès à la profession apparaît plus fermé qu'en France, puisqu'il est refusé aux apatrides et aux réfugiés.

Ensuite, la qualification des avocats ne semble pas être assurée de façon suffisante en droit kazakh en ce qui concerne leur formation tant initiale que continue.

S'agissant de leur formation initiale, le candidat à la profession doit en droit français normalement passer trois examens (deux écrits et un oral) à l'entrée de l'une des 15 Ecoles des avocats (EDA) existantes (en remplacement des Centres de formation professionnelle des avocats (CRFPA) d'autrefois) ; puis suivre 18 mois de formation incluant 6 mois de cours sur les matières juridiques fondamentales³ et deux stages obligatoires de 6 mois chacun (l'un en cabinet d'avocat, le deuxième dans toute autre structure juridique) avant de passer 7 examens terminaux⁴, pour obtenir le CAPA. En droit kazakh, non seulement un seul stage est prévu, mais il a nécessairement lieu en cabinet d'avocat, sa durée peut varier entre six mois et un an⁵ et la formation n'est sanctionnée que par deux épreuves (une écrite et une orale) portant sur les diverses branches du droit.

Les règles applicables à la formation continue paraissent confirmer ces lacunes. En droit français, les avocats sont en effet tenus de suivre dix heures au moins de formation portant sur la déontologie et le statut professionnel au cours de leurs deux premières années d'exercice, puis au moins 25 heures de formation tous les 5 ans. Pour assurer la qualité de ces dernières, le Conseil national du barreau (CNB) les prend normalement en charge, de façon à offrir à chacun 20h de formation par an (40h sur deux ans)⁶. Les avocats sont en outre tenus de déclarer auprès du Conseil de l'Ordre dont ils relèvent, au plus tard le 31 janvier de chaque année civile, les conditions dans lesquelles ils ont satisfait à leurs obligations de formation continue au cours de l'année écoulée,

³ Constitués de cinq thématiques : « Déontologie et culture judiciaire », « le métier l'avocat, conseil et défense », « Management et développement des cabinets », « Développement professionnel » et des « Enseignements électifs ».

⁴ Une épreuve écrite ; une plaidoirie portant sur un dossier au choix (droit civil, pénal, commercial, social, administratif ou communautaire) ; une épreuve orale portant sur le statut et la déontologie des avocats ; une épreuve de langues vivante ; la soutenance de rapport de stage PPI ; la soutenance de rapport de stage en cabinet ; le contrôle continu.

⁵ Loi n° 195 -I de la République du Kazakhstan sur la profession d'avocat du 5 décembre 1997, préc.

⁶ Cf. Loi préc. n° 71-1130 et Décrets n° 91-1197 et n° 2004-1386 respectivement des 27 novembre 1991 et 21 décembre 2004.

en joignant à leur déclaration tous les justificatifs utiles⁷. Au Kazakhstan, les barreaux territoriaux peuvent certes toujours prévoir la mise en place de telles actions de formation. Mais celles-ci ne sont nullement légalement obligatoires. De sorte que la qualité de leurs activités de défense et de conseil n'apparaît pas suffisamment garantie.

Une autre limite tient, enfin, au contrôle accru de l'Etat sur les candidats à l'exercice de la profession, puisque que la licence l'autorisant est directement délivrée par le ministère de la Justice en droit kazakh alors que, en droit français, elle l'est par le CNB et les Conseils de l'ordre, seuls compétent pour statuer sur les demande d'inscription au barreau de leur ressort⁸.

Ces différences sont bien de nature à compromettre l'efficacité et l'indépendance de la profession d'avocat au Kazakhstan. C'est pourquoi un rapprochement plus important avec le droit français apparaîtrait souhaitable. Le même constat s'impose pour les règles relatives à l'exercice de la profession d'avocat.

II. LES INSUFFISANCES DES REGLES RELATIVES A L'EXERCICE DE LA PROFESSION D'AVOCAT

L'examen comparé des règles relatives à l'exercice de la profession d'avocat confirme la même volonté du droit kazakh de s'inspirer du droit français avec les mêmes limites.

D'un côté, il est vrai, le Kazakhstan cherche à imposer aux membres de la profession le respect de règles déontologiques proches de celles promues par le droit français. En France, la déontologie et l'éthique professionnelle des avocats est en effet un souci constant du législateur et des barreaux eux-mêmes, comme cela ressort des règles définies, outre par la loi et le Code de Déontologie des Avocats de l'Union Européenne du 28 octobre 1988, par le Règlement interne national de la profession d'avocat (RIN) adopté par le CNB et les dispositions propres à chaque barreau. Cet intérêt s'explique dès lors que, comme l'écrit Agnès Lalardrie, « toute l'histoire de la profession d'avocat en France ne fait que confirmer l'idée que la déontologie non seulement n'a jamais été un obstacle pour le développement de la profession d'avocat, mais au contraire, a donné à cette profession des avantages indéniables pour son développement »⁹. Le fait que ce soit un pilier inviolable et sacré de la profession éclaire, entre autres, les garanties attachées au secret professionnel

⁷ Décrets n° 91-1197 et n° 2004-1386 préc.

⁸ Décret n° 91-1197 préc.

⁹ Lalardrie A., *Règles de la déontologie de l'avocat dans l'exercice des compétences en France*, <http://forumyuristov.ru/showthread.php?t=8172//06.03.2010>.

de l'avocat par le droit français. Le droit kazakh n'ignore pas l'importance de cette éthique, puisque plusieurs dispositions de la loi de 97 s'y rapportent et que ces dernières se trouvent complétées par le Code de déontologie propre à chaque barreau territorial. Ces textes imposent en effet le respect de certaines obligations qui fondent l'organisation et le fonctionnement de la profession. C'est ainsi que celle-ci est tenue de respecter la législation de la République du Kazakhstan et que l'article 18 de la loi de 1997 relatif à la protection du secret professionnel en donne une définition satisfaisante.

D'un autre côté toutefois, deux limites importantes à la transposition du droit français en droit kazakh méritent ici aussi d'être soulignées.

La première concerne justement les règles déontologiques dès lors que, d'un point de vue formel, le Kazakhstan ne s'est pas doté d'un Code national de déontologie et que, d'un point de vue matériel, la mise en œuvre du secret professionnel comme celle du secret de l'instruction soulèvent beaucoup de difficultés. Sans doute celles-ci ne sont-elles pas propres au Kazakhstan comme le montre la forte mobilisation des avocats français qui a suivi la mise en examen et le placement en détention provisoire en 2004 de leur consœur toulousaine, France Moulin, sur le fondement de l'article L. 434-7-2 du Code pénal issu de la loi Perben II¹⁰ tout juste adoptée le 9 mars précédent¹¹, pour « révélation d'informations issues d'une instruction en cours » dans une affaire de blanchiment. Mais, en droit français, la Cour européenne des droits de l'homme est là pour veiller au caractère proportionné des atteintes portés aux droits des avocats par le législateur¹². Or un tel garde fou n'existe pas en droit kazakh. Il y a ainsi un doute sérieux sur la validité de l'alinéa 4 de l'article 18 de la loi de 97 obligeant, dans le cadre des opérations de lutte contre le blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, l'avocat kazakh à transmettre à l'Etat toutes les informations financières dont il a connaissance.

La seconde limite qui mérite d'être soulignée tient au fait que le droit kazakh n'impose pas aux avocats la souscription d'une assurance de responsabilité professionnelle. En droit français, une telle assurance est obligatoire en vertu de l'article 27 de la loi de 71, conformément à une pratique très répandue en Europe et qu'on retrouve également en Allemagne, en Irlande, en Pologne, en République tchèque ou encore en Suède. Bien que cette solution soit très protectrice des droits et des intérêts des clients et des avocats eux-mêmes, le Kazakhstan a en effet fait le choix de la solution

¹⁰ http://www.lemonde.fr/societe/article/2005/05/04/les-avocats-contre-la-loi-perben-2_645944_3224.html.

¹¹ *JORF* du 10.3.2014.

¹² V. CEDH 24.7.2008, André et a. c/ France, req. n° 18603/03 ; 21.1.2010, Xavier Da Silveira c/ France, req. n° 43757/05 ; 6.12.2012, Michaud c/ France, req. n° 12323/11.

alternative d'une assurance volontaire (et donc facultative), en cours dans d'autres pays, et notamment aux Etats-Unis. Sans doute ce choix est-elle critiqué et le débat est-il engagé depuis plusieurs années de l'opportunité de s'aligner ici aussi sur le droit français. Mais dans l'attente d'une telle réforme, la législation kazakhe n'apparaît pas assez protectrice de l'intérêt des avocats et des justiciables.

* *

*

En conclusion, l'influence du droit français sur la législation kazakhe relative à l'exercice de la profession d'avocats a permis à ces derniers de devenir une garantie satisfaisante de l'Etat de droit kazakh au lendemain de l'indépendance. Mais la dynamique de développement dont bénéficie le pays rend nécessaire de poursuivre le renforcement des garanties d'indépendance de la profession. De ce point de vue, les leçons de la législation française conservent toute leur pertinence.

LA PROBLEMATIQUE DES LIBERTES DE RELIGION ET DE CULTE AU KAZAKHSTAN

Par

S. N. SABIKENOV

Membre de l'Académie des Sciences du Kazakhstan

Professeur à l'Université al-Farabi

Mots clés : Séparation de l'Eglise et de l'Etat – Laïcité – Liberté de conscience – Liberté de culte – Association culturelle.

La société postsoviétique née de la chute de l'URSS est une société complexe aux multiples facettes. Cette complexité tient aux diverses forces qui forment son tissu social et dont font partie les associations culturelles.

Malgré une longue histoire de persécutions et de répressions par l'État, ces dernières constituent en effet un phénomène ancien dans les ex-pays satellites de l'URSS. Or elles se caractérisent par une grande multiplicité et diversité dans leur forme organisationnelle (traditionnelles ou modernes, sectaires ou non etc.) ou leur statut juridique (immatriculée ou non, ayant la personnalité juridique ou non etc.).

D'une façon générale, ce dernier évolue on le sait fortement d'une culture à l'autre, d'une région à l'autre et d'un Etat à l'autre sous la pression des traditions locales. C'est ce qui explique que la séparation de l'Eglise et de l'État soit une tendance générale dans les pays occidentaux de culture chrétienne alors que l'État se confond traditionnellement avec les institutions religieuses dans le monde musulman. Il n'est dès lors pas étonnant qu'une telle disparité de traitement se retrouve dans les anciens pays soviétiques.

Mais qu'en est-il du Kazakhstan ? Comment le droit kazakh encadre-t-il l'exercice des libertés de religion et de culte ?

Il apparaît à l'analyse que le caractère inadapté de l'héritage soviétique en la matière (I) conduise le droit kazakh a forgé un cadre juridique original (II).

I. L'INADAPTATION DU CADRE JURIDIQUE HÉRITÉ DE L'ÈRE SOVIÉTIQUE

Sans doute l'URSS se présentait-elle formellement comme une démocratie garantissant en principe les libertés de religion et de culte. Mais, d'un point de vue matériel, ces dispositions étaient vidées de leur substance par les nombreuses dérogations qui y étaient apportées au nom de la lutte du prolétariat contre la dictature de la bourgeoisie. De sorte qu'elles étaient inappliquées en pratique et n'avaient qu'un caractère déclaratif. Les religions faisaient en réalité l'objet d'une persécution d'Etat.

Les pays post-soviétiques partagent ainsi la spécificité d'avoir hérité, lors de leur indépendance, d'un cadre juridique élaboré dans le seul but d'assurer la domination de l'athéisme et qui se résumait à un instrument de lutte impitoyable de la puissance publique, non seulement contre toutes les structures religieuses, mais, plus généralement, contre tous les actes de nature culturelle. Le Kazakhstan n'échappe pas à la règle.

En réaction, le pays, comme les autres anciens pays satellites de l'URSS, a profité de son indépendance pour affirmer son attachement aux principes de démocratie et de tolérance en matière religieuse. D'une part, la liberté de chacun d'avoir les convictions religieuses de son choix ou de créer ou de participer à une association ou à une organisation culturelle a été affirmée. D'autre part, interdiction a été faite aux autres personnes physiques et à l'Etat de porter atteinte à ces principes.

Cette consécration des libertés de religion et de culte a permis aux associations culturelles de bénéficier d'un véritable statut qui a favorisé leur prolifération. Celles qui existaient traditionnellement sur le territoire ont pu sortir de la clandestinité. D'autres, jusqu'alors inconnues, ont fait l'apparition dans le pays avec notamment l'arrivée de missionnaires islamiques tenant des prêches radicaux.

Mêlé à la prétention des associations culturelles de pouvoir exercer des activités de nature politique non prévues par leurs statuts et les textes en vigueur, ce phénomène a contraint les autorités normatives à encadrer plus précisément l'exercice des libertés de culte et de religion. Cet encadrement est en effet paru nécessaire dès lors que les associations culturelles avaient de plus en plus recours aux moyens modernes de communications, tels qu'Internet, pour diffuser leur message et étendre leur influence. Il s'est imposé comme le seul moyen de prévenir pacifiquement les risques d'instabilité liés à

l'émergence d'une société multi-religieuse (car multiculturelle) dans un contexte de remise en cause des frontières locales ou nationales.

Faute de pouvoir trouver les réponses à ces défis dans le cadre juridique hérité de l'ère soviétique, le Kazakhstan a toutefois dû faire preuve d'imagination juridique.

II. L'ORIGINALITÉ DU CADRE JURIDIQUE FORGÉ DEPUIS L'INDÉPENDANCE

Une autre caractéristique du Kazakhstan tient à sa culture historiquement nomade. Celle-ci explique que diverses croyances et organisations culturelles aient pu apparaître et coexister sur son sol à différentes époques de son histoire. Si, dans la période récente, l'Islam est devenu la religion la plus répandue sur le territoire national, de nombreux chercheurs soulignent la spécificité de l'Islam kazakh. Celle-ci tient au fait qu'il s'est longtemps agi d'un Islam sans coordination des entités religieuses, dès lors que le mode de vie nomade ne permettait pas la réalisation d'édifices culturels, ni même l'apparition d'autorités ecclésiastiques autonomes du pouvoir civil et interconnectées entre elles. L'Islam kazakh s'est donc construit sur la base d'autorités locales indépendantes les unes des autres dont le « raccordement » ne s'est fait que tardivement. Rapprochée du joug soviétique, cette caractéristique permet de comprendre l'originalité de la solution apportée par le droit kazakh aux problématiques soulevées par l'exercice des libertés de religion et de culte et ses limites.

D'un côté en effet, le cadre juridique applicable en la matière a été fortement influencé par l'expérience européenne des rapports entre l'Eglise et l'Etat dans une volonté consciente de rupture avec l'URSS. Cet héritage inclut la séparation des établissements du culte et de l'Etat ainsi que la reconnaissance de la personnalité juridique et de ses attributs aux associations culturelles. Il permet dans le même temps de comprendre tout l'intérêt du Kazakhstan pour la laïcité « à la française ».

D'un autre côté toutefois, la prééminence de la religion islamique expose, comme on l'a dit, le pays aux prêches radicaux de missionnaires intégristes. Si elle est contraire à la tradition kazakhe, leur interprétation de l'Islam amène les pouvoirs publics à s'interroger sur une éventuelle transposition-adaptation des approches juridiques utilisées dans les autres pays de culture islamique quant au statut des associations culturelles ainsi qu'aux relations qu'elles établissent avec l'Etat.

* *

*

En conclusion, l'intégrisme islamique oblige le droit kazakh à s'interroger sur une possible synthèse de l'héritage européen et de la culture islamique. Si une telle approche donne toute son originalité à la réglementation actuelle des libertés de religion et de culte au Kazakhstan, la question se pose de savoir si une telle synthèse est réellement possible et si elle permettra véritablement de pacifier les relations entre les différents cultes et l'Etat.

L'ETAT DE LA LAÏCITE EN FRANCE ET EN EUROPE

Par
Philippe GAST
Membre du LexFEIM
Maître de conférences en droit privé
à l'Université du Havre

Mots clés : Laïcité – Liberté de conscience – Liberté de religion – Principe d'égalité – principe de non discrimination entre les cultes et les croyants.

Si le terme « laïcité » découle du mot latin « *Laicus* », force est de remarquer que la signification de l'expression a quelque peu évolué. Alors qu'elle visait au Moyen âge à désigner ce qui n'était pas religieux, elle fait désormais plus précisément référence à une certaine attitude de l'Etat vis-à-vis de la religion. Ainsi entendue, la laïcité s'est progressivement instituée et développée en Europe sur la base de divers Edits de tolérance dont l'histoire est loin d'être linéaire.

A diverses époques en effet, le souverain a été tenté d'imposer une religion d'Etat comme l'illustrent la décision de Théodose ou l'Edit de Fontainebleau du 18 octobre 1685 de Louis XIV tendant à faire du christianisme la seule religion autorisée. Ces tentatives ont laissé des traces puisqu'il existe encore une religion d'Etat dans plusieurs pays européens, au terme d'une sorte d'alliance du « sabre et du goupillon » : tandis que la religion a permis de légitimer idéologiquement la monarchie (par la référence à la fabrication d'un Droit Divin comme on l'a connu en France sous l'ancien Régime), la monarchie permettait historiquement de protéger militairement les institutions ecclésiastiques dans ces Etats.

Mais l'échec de ces différentes tentatives dans d'autres Etats a servi de terreau à l'élaboration de la laïcité.

Son origine lointaine semble ainsi être à rechercher en France dans le legs politico-juridique des empereurs romains. Après avoir pourchassé les chrétiens, l'empereur Galère a en effet pris un Edit permettant à chacun d'être citoyen de l'Empire, quelle que soit sa religion. Or Constantin eut par la suite la sagesse de faire preuve de la même tolérance : après sa christianisation, et sans attendre d'être baptisé, il dirigea en effet en 320 le concile de Nicée, connu pour avoir fondé le mythe chrétien d'un seul dieu, d'un seul messie et... d'un seul monarque pour les représenter. Après la chute de l'Empire romain et aux termes d'une longue parenthèse, Clovis le Franc renoua avec cette tradition (sous l'influence d'une femme proche et après une sorte de pari sur une victoire militaire) avant que ses successeurs ne s'efforcent de garantir la liberté de culte et de religion aux protestants. A la suite de l'Edit de Saint-Germain (ou Edit de Janvier), dont l'application était limitée aux faubourgs, signé le 17 janvier 1562 par Charles IX, intervint la paix d'Amboise signée par les chefs des partis Condé et Montmorency le 19 mars 1563 (même si elle ne garantissait la liberté de culte qu'aux seuls gentilshommes) ; la paix de Saint-Germain entre Charles IX et Coligny du 8 août 1570 qui accorda la liberté de conscience ; la paix de Loches du 6 mai 1576 signé par Henri III ; puis, enfin, l'Edit le plus connu : celui de Nantes signé par Henri IV le 13 avril 1598. Après sa révocation par Louis XIV, ce dernier Edit fut réinstauré en 1787, par l'Edit de tolérance en faveur des protestants de Louis XVI. Malgré leur indéniable apport toutefois, ces Edits ne fondaient pas véritablement une « laïcité » au sens moderne du terme, dès lors qu'une monarchie de droit divin subsistait au sommet de l'Etat.

Ce fut véritablement la Révolution de 1789 qui, en France, séparât le spirituel et le temporel en instaurant la première Constitution française. Promulguée en 1791, celle-ci ne se contentait en effet pas d'instaurer une monarchie constitutionnelle ; elle l'asseyait sur la Déclaration des Droits de l'Homme du 26 août 1789 garantissant ainsi à la fois, non plus la souveraineté divine du roi, mais la souveraineté nationale de l'Assemblée et la liberté de religion de chacun. Il faudra toutefois attendre 1946 pour que la laïcité devienne un principe constitutionnel fondateur des IV^e puis V^e Républiques.

Mais de quoi s'agit-il ? Si l'expression prône la séparation entre le politique et le religieux, l'histoire française montre que cette séparation peut théoriquement s'entendre de deux façons :

D'une façon inclusive (par abus de langage d'ailleurs), d'abord. Dans ce cas, la laïcité consiste à reconnaître et à subventionner tous les cultes par l'Etat. Elle se confond avec l'approche concordataire formalisée par Napoléon en 1801 et qui subsiste en Allemagne par exemple.

La Laïcité peut, ensuite, s'entendre d'une façon exclusive, *stricto sensu*. Dans ce cas, elle consiste à ne reconnaître aucun culte et à refuser d'en salarier ou d'en subventionner. C'est la solution officiellement arrêtée en France à la suite du vote de la loi du 9 décembre 1905. Cette conception se caractérise par une indifférence de l'Etat par rapport au religieux. La religion est renvoyée au monde privé et tous les cultes sont traités de la même façon, du moins en principe.

Ainsi entendue, la laïcité n'est pas étrangère aux fondements de certaines religions. Sans doute la Tora dans le Judaïsme, certaines sourates du Coran dans l'Islam, le système de castes dans le Manavadharmashastra de l'hindouisme etc. ont-ils en commun d'édicter des normes juridiques et ainsi d'opérer une confusion entre morale (du latin *mores*, « mode de vie ») et droit ; et de porter, ce faisant, atteinte au principe démocratique de souveraineté du peuple, au profit d'une souveraineté divine (ou, plus précisément, d'une théocratie dès lors qu'on ne connaît Dieu qu'à travers le verbe de ses messagers). Mais toutes les religions n'opèrent pas cette confusion. Bouddha, par exemple, fonda les premiers monastères sur la base d'un mode de vie séparé, avec des règles de comportement différentes pour les moines (plus de deux cents dans le vinaya pītaka) et les laïcs (astreints au respect de 10 règles seulement). De même, quand le Christ ordonne : « rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu » (Matthieu 18:21) ou affirme : « mon royaume n'est pas de ce monde » (Jean 18:36), il invite implicitement à une séparation entre le religieux et le politique¹.

L'inconvénient de la confusion opérée par la première approche est de conduire l'Etat à s'immiscer dans la vie privée des citoyens et, ainsi, de porter atteinte à leurs libertés, comme l'avait perçu Tocqueville au 19^e siècle dans son ouvrage *De la démocratie en Amérique*. A l'inverse, la séparation suggérée par Bouddha ou le Christ permet en principe de mettre les citoyens à l'abri de l'action de l'Etat. Ca n'a pas été le cas sous l'URSS ou la Chine, puisque le régime communiste avait fait de la séparation un instrument de lutte contre les religions. Mais, dans les régimes véritablement démocratiques, l'indifférence de l'Etat est un devoir qui ne doit supporter d'exception que lorsque la liberté religieuse génère un préjudice, fort de cette idée que « la

¹ Avec cette nouvelle approche, la morale et le droit ont sans doute en commun d'élaborer tous deux des normes de comportements humains présentées comme justes. Mais ils se distinguent, comme l'ont montré Thomas d'Aquin au 14^e siècle et Kant au 18^e, dès lors que la morale est facultative (on peut en changer comme on peut changer de religion) et personnelle (elle relève de la vie privée) alors que le droit est obligatoire et collectif : la violation de la règle juridique est sanctionnée positivement, ici et maintenant tandis que celle de la règle morale l'est métaphysiquement, après la mort (et selon des modalités variable suivant la religion à laquelle on adhère : paradis, enfer, bonne ou mauvaise réincarnation etc.).

liberté consiste à pouvoir tout ce qui ne nuit pas à autrui » selon la remarquable formule de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

Une étude attentive du droit français et européen montre toutefois que la laïcité européenne se construit désormais davantage sur le critère de la liberté de religion que sur celui de l'égalité des cultes, voire au détriment de cette dernière. C'est en effet ce qui ressort des très nombreuses dispositions de droit interne (DDHC, Pr. de la Constitution du 4 octobre 1946 ; Constitution du 4 octobre 1958 ; Lois sur la presse du 29 juillet 1881 ; sur la séparation de l'Eglise et de l'Etat du 9 décembre 1905...) ou conventionnelles (Pacte International des droits civils et politiques (PDCP) ; Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) ; Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDFUE)...) applicables en la matière, dès lors que – en dépit des annonces parfois faites en France –, ces dispositions n'opèrent pas une séparation nette entre l'Eglise et l'Etat.

Ce constat permet de comprendre que la laïcité garantisse en Europe la liberté de religion (I) et l'égalité entre les cultes et les croyants (II), d'une façon qui n'interdise pas à l'Etat d'interférer dans leur action.

I. LAÏCITE ET LIBERTE DE RELIGION

Telle qu'elle est mise en œuvre en droit français et européen, la laïcité n'interdit pas à l'Etat d'intervenir pour favoriser ou au contraire limiter l'exercice des libertés privées (A) et publiques (B) nécessaires à celui de la liberté de religion.

A. LAÏCITE ET LIBERTES PRIVEES

En droit français et européen, la laïcité n'interdit pas à l'Etat d'intervenir pour favoriser ou limiter l'exercice des libertés privées nécessaires à un exercice effectif de la liberté de religion, en permettant aux individus d'opérer des choix collectifs ou personnels.

Les libertés d'ordre « collectif » renvoient à la liberté de réunion dans un cercle purement privé (entre amis, en famille etc.) et au droit de chacun à une vie sentimentale, sexuelle. La première garantit les pratiques religieuses en groupe de caractère privé, car non ouvertes au public, et pose généralement peu de problème au contraire de la seconde qui garantit à chacun le respect des pratiques sexuelles de son choix, dès lors qu'elles sont librement consenties. Car son respect conduit l'Etat à protéger les individus contre les interdits sexuels de certaines religions. Dans l'Islam, l'adultère est en effet puni par le fouet ou l'enfermement à vie s'il est commis par une femme ; celles-ci ne peuvent en tout état de cause épouser un non musulman (alors que l'inverse est

possible) (S4:V15, S4:V34). Dans le judaïsme, Moïse impose, dans le Lévitique de la Tora, la condamnation à mort en cas de rapports sexuels intrafamiliaux (même par alliance 20:12) ou homosexuels (20:13). Dans le Deutéronome, il prescrit encore de couper la main de la femme qui aura « saisi les parties génitales d'un homme » (25:11 et 12), le legs au beau frère de la femme d'un homme qui vient de mourir (25:5) et la lapidation de la « jeune femme » qui « n'a pas été trouvée vierge » (22:20). De telles pratiques sont évidemment contraires à l'ordre public. C'est pourquoi le respect de la liberté de religion n'empêche pas ici l'Etat d'intervenir d'une façon qui remette en cause son exercice.

Le régime juridique des libertés privées « individuelles » révèle la même ambivalence, dès lors que l'Etat intervient autant pour favoriser leur exercice que pour le limiter. Il s'agit des libertés auxquelles le droit interne comme le droit conventionnel attachent une attention particulière, dès lors qu'elles permettent l'exercice de choix personnels d'un point de vue spirituel, intellectuel et corporel.

Sur le plan intellectuel, la liberté de religion se concrétise par les libertés de croyance et de pensée. Il s'agit de libertés « conceptuelles », dans la mesure où leur libre exercice permet à chacun d'avoir ses propres convictions métaphysiques ou philosophiques sur le sens de l'existence et les fondements moraux des actions humaines. Construire une idée, une théorie, suppose toutefois d'avoir accès à l'information (publique en particulier). C'est pourquoi la liberté de religion inclut également la liberté de rechercher l'information. En principe, on l'a dit, l'Etat ne doit intervenir que pour favoriser le respect de ces droits. Mais il peut, par dérogation, parfois y porter atteinte. C'est notamment le cas lorsque son intervention est nécessaire pour protéger un mineur du matraquage idéologique religieux, anxigène d'un parent. Car dans ce cas, l'autorité parentale peut lui être retirée².

Sur le plan spirituel, la liberté de religion suppose le respect de la libre pratique individuelle des rituels, des prières et autres méditations. Alors que cette liberté a pu être méconnues sous l'Inquisition, en Europe, ou, plus récemment, dans les régimes communistes (avec l'interdiction faite aux tibétains de pratiquer le bouddhisme en Chine ou les massacres des moines au Cambodge par les Khmers rouges), les principes démocratiques tendent à assurer son respect. Là encore la règle n'est toutefois pas absolue au sein du continent européen puisque le principe de laïcité n'interdit pas à l'Etat d'intervenir, par exemple pour protéger un enfant qui s'oppose à sa circoncision. En France, celle-ci ne peut en effet lui être imposée³ sous peine

² CA Bordeaux 14.6.2011, Abdelkader M. c/ Delphine D. épouse B., req. n° 10/06281.

³ CA Lyon 25.7.2007, L. c/ M., JCP E 2008-1. IV 1028.

d'un nouveau retrait de l'autorité parentale⁴. De même, l'Etat intervient généralement en Europe pour proscrire les mariages polygames ou polyandres pourtant conformes à certains cultes, même lorsqu'ils concernent des personnes adultes et consentantes. Au sein de la République française, la règle n'a pas été remise en cause par le « mariage pour tous » affirmé par la loi du 23 avril 2013, bien au contraire, c'est au nom de la laïcité démocratique (liberté et égalité) que le « mariage pour tous » a pu être reconnu contre les pressions parfois violentes de la plupart des religions (bibliques en particulier) : l'interdiction du mariage entre gens de même sexe était la marque d'un dictat religieux sur le droit en violation de la laïcité ! Mais on peut se demander si la liberté de religion ne devrait pas conduire l'Etat à respecter la vie privée de chacun en garantissant, par un contrat civil, la cohabitation et la protection des personnes qui vivent dans un même foyer, sans rechercher la nature des liens personnels, voire en supprimant la mention de sexe dans l'état civil. Car une telle mesure résoudrait tout problème de discrimination fondée sur le sexe (le sexe est une affaire de vie privée dans laquelle l'Etat n'a pas à s'immiscer).

Sur le plan corporel, enfin, l'exercice de la liberté de religion suppose d'encadrer le droit de chacun de disposer de son corps.

S'il suppose à ce titre de respecter la liberté de chacun de consommer, celle-ci pose d'épineux problème lorsque le culte prescrit ou proscrie certains comportements.

D'un côté en effet, l'usage de certaines drogues peut faire partie des rituels comme c'est le cas dans diverses religions chamaniques selon des traditions ancestrales (Yaouashka pour les amérindiens du sud ; Peyotl pour les amérindiens mexicains ; cannabis en Inde pour les Sâdhu, etc.). Or l'Etat interdit (cas des drogues comme le cannabis) ou réglemente (cas des antibiotiques) généralement l'usage de ces produits, dans un but de santé public évident.

D'un autre côté, certaines religions édictent parfois leurs propres interdictions. C'est ainsi que l'Islam prohibe la consommation du porc et de l'alcool ; le Judaïsme celle du porc et des mollusques ; l'Hindouisme celle de la viande chez les hindous brahmines et les bouddhistes et de l'alcool chez les bouddhistes, etc. Or il arrive que de tels ingrédients se retrouvent dans certains aliments à l'insu du consommateur. C'est par exemple le cas avec les OGM de végétaux qui peuvent contenir des gènes animaux et notamment de cochon. Face à ces difficultés, la conception française et européenne de la laïcité conduit, d'une part, à valider ces prescriptions, dès lors qu'elles sont le résultat de choix de vie personnels ; et, d'autre part, à imposer en principe une

⁴ CA Lyon 6.6.2011, req. n° 10/05032.

obligation d'information du consommateur, de façon à lui permettre de consommer en conformité avec ses croyances. Une question reste toutefois toujours débattue : celle de savoir si les cantines scolaires ou pénitentiaires sont tenues de proposer de la viande hallal ou casher. Certains tribunaux ont tranché en ce sens⁵, mais cette solution est très contestée. Certes, font valoir ses détracteurs, une telle obligation facilite l'exercice de la liberté de religion. Mais, d'une part, si un détenu demande à se voir appliquer le Coran pour l'alimentation hallal, faut-il aussi lui couper la main, s'il s'agit d'un voleur (comme le préconise la sourate 5 verset 38) ? Ce raisonnement par analogie ne montre-t-il pas qu'il suffit à un musulman ou à un juif de s'abstenir de manger du porc pour consommer en conformité avec ses croyances ? D'autre part, la solution des menus « à la carte » porte atteinte à la séparation de l'Eglise et de l'Etat, en mettant le premier au service de la seconde. Une solution plus conforme au principe de laïcité serait donc, concluent-ils, de fournir de la nourriture végétarienne aux musulmans ou aux juifs dans les cantines publiques, éventuellement en facturant le surcoût occasionné aux intéressés.

La Liberté médicale pose également un certain nombre de difficultés. D'abord, parce que des pratiques comme l'avortement et la contraception peuvent heurter certaines convictions religieuses (catholique et islamique par exemple). En France, le législateur règle le problème en validant ces procédés, sans imposer leur recours pour respecter la liberté individuelle de chacun. La question s'est ensuite posée, avec le refus de la transfusion sanguine par des Témoins de Jéhovah, de savoir si le corps médical pouvait imposer un soin sans l'accord du patient. Là encore, le législateur a posé une solution équilibrée qui, sauf cas d'urgence, exige en principe préalablement le consentement de l'intéressé. Par ailleurs, que penser des pratiques médicales prescrites par certaines religions (comme la médecine chinoise reliée au Taoïsme, au Yoga relié à l'hindouisme et qui se réfère à l'Ayur véda, la médecine tibétaine liée au Vajrayana bouddhique) et généralement exercées par des non médecins ? Si une certaine tolérance apparaît dans les pays européens, elle peine pour l'instant à se concrétiser en France. Enfin, le respect de la liberté de religion implique-t-il l'accès au médecin de son choix ? La question s'est posée à propos du préjudice subi par un nouveau né lors de sa naissance, en raison du refus de son père de laisser un homme médecin soigné sa femme. La justice a alors considéré que le respect de cette liberté n'obligeait pas les hôpitaux à réserver le traitement de patientes musulmanes à des médecins femmes⁶. Dans ces cas extrêmes, une réponse ministérielle préconise même désormais de faire expulser le mari au besoin pour pouvoir délivrer les

⁵ TA Grenoble 7.11.2013 (acceptant la demande d'un détenu d'obtenir de la viande Hallal).

⁶ CA Lyon 10.6.2008, M. et Mme Radouane X..., req. n° 05LY01218.

soins dans de bonnes conditions, en application de l'article R. 1112-49 du Code de la santé publique⁷.

Une dernière série de difficultés tient à la pratique des activités physiques et sportives. Sans doute certaines comme le Yoga hindou apparaissent-elles de prime abord inoffensives. Mais elles le sont moins qu'il y paraît, dès lors que ce dernier est à rapprocher des Kung Fu, Taichi chuan, Kapuera vodoue qui sont des arts martiaux. De même l'accès aux piscines mixtes peut il contrevenir à certains préceptes religieux. Faut-il dans ce cas prévoir des horaires d'ouverture différents pour les hommes et pour les femmes ? Certains élus locaux ont pris des décisions en ce sens, mais ces initiatives restent pour le moment isolées en France.

Si ce qui précède montre que la conception française et européenne de la laïcité n'interdit pas à l'Etat d'intervenir pour favoriser ou au contraire limiter l'exercice des libertés privées nécessaires à celui de la liberté de religion, cette faculté d'intervention est peut-être encore plus marquée à l'égard des libertés publiques qui en découlent.

B. LAÏCITE ET LIBERTES PUBLIQUES

En droit français et européen, la laïcité n'interdit également pas à l'Etat d'intervenir pour favoriser ou limiter l'exercice des cinq libertés publiques nécessaires à celui de la liberté de religion.

Au premier rang d'entre elles figure la liberté de créer une religion. Ce droit n'est évoqué par aucun texte, mais il a été dégagé par la jurisprudence nationale sous la pression de la jurisprudence européenne. Cette dernière a en effet amené la première à reconnaître les Témoins de Jéhovah⁸ et les Mandarom⁹ et ainsi à abandonner sa position traditionnellement hostile, utilisant l'arme fiscale pour détruire les mouvements sectaires (v. *supra* II.B.).

La deuxième liberté importante est celle d'aller et venir tant en ce qu'elle permet l'installation que la circulation des individus. Son respect est par exemple essentiel pour favoriser les déplacements religieux, comme les pèlerinages à la Mecque pour les musulmans, à Haridwar pour les hindous ou à St Jacques de Compostelle pour les catholiques etc. Des impératifs démocratiques justifient toutefois ici aussi d'y porter atteinte en droit français et européen. C'est ce qui ressort des mesures privatives ou restrictives de libertés pouvant être prononcées à l'encontre d'un croyant ayant violé la loi pénale ou encore des mesures édictées par le Code d'entrée et de séjour des

⁷ Réponse du ministre de la santé, JOQ du 20.2.2007.

⁸ CAA Paris, 30.5.2011, n° 10PA03567, 10PA03589, 10PA03618 et 19.

⁹ CEDH 31.1.2013, Assoc. des chevaliers du Lotus d'or c/ France.

étrangers ou au droit d'asile pour encadrer les déplacements des non nationaux sur le territoire national.

La troisième liberté est la liberté d'association qui est garantie, outre par les divers traités internationaux précités, par la loi du 1^{er} juillet 1901 en droit français. Son exercice est toutefois encadré, puisque la loi interdit expressément les associations contraires «à la forme républicaine du gouvernement». L'Etat est ainsi théoriquement habilité à s'opposer à la constitution d'un certain nombre d'entre elles, puisqu'on trouve des préceptes méconnaissant cette règle dans nombre de religions, dans le Coran et les haddith de l'Islam mais aussi dans la Torah du Judaïsme, le Christianisme ecclésiastique (droit canon), le code de Manou de l'Hindouisme, etc. Le souci d'assurer la paix sociale (à moins que ce soit par lâcheté) conduit toutefois les pouvoirs publics à ne quasiment jamais utiliser cette prérogative. C'est pourquoi, par exemple, les Frères Musulmans ont pu siéger au Conseil Français du Culte Musulman (CSCM), malgré leur idéologie islamiste antirépublicaine. Il faudrait obliger les associations culturelles à faire figurer dans leurs statuts, que les textes religieux ne devraient jamais pouvoir s'interpréter de façon juridique, mais uniquement morale (à peine d'être dissoute comme on l'a vu).

La quatrième liberté est celle de manifester sa religion par des rites ouverts au public. En vertu de la loi du 9 décembre 1905, les personnes morales de droit privé type association peuvent, afin de permettre l'exercice de ce droit, être propriétaires d'un lieu de culte (étant entendu qu'elles partagent cette compétence avec l'Etat, devenu propriétaire, en 1905, des lieux cultes non revendiqués par des associations, des églises pour la plupart). L'exercice de la liberté de culte n'est toutefois pas sans poser certains problèmes d'ordre vestimentaire, lié au port de certains accessoires religieux (comme le voile islamique ou la robe des moines et moniales catholiques et bouddhistes ou encore le turban sikh) ou au contraire à l'absence de vêtements (nudité des nanga sannyasin hindous, etc.). Trois questions ont fait ou font spécialement débat. La première concerne le point de savoir si les employés pratiquants peuvent s'habiller comme ils le veulent. La réponse est négative pour les agents de l'administration, astreints au respect du principe de neutralité du service public¹⁰ et plus nuancée pour les salariés du secteur privé (n'étant pas préposés à un service public). En principe, ces derniers peuvent en effet s'habiller comme le leur dicte leur foi. Mais, par dérogation, l'Etat admet que les employeurs puissent déroger à la règle, lorsque le salarié soit en contact avec la clientèle¹¹, soit contribue à une activité qui, sans être un service public,

¹⁰ TA Paris 14.11.2007.

¹¹ CA Paris 18.4.2013, Mme B. c/ Sté SA Micropole Univers, req. n° 11/05892.

revêt un caractère d'intérêt général, comme dans le cas de la crèche qui a donné lieu à l'affaire « Baby loup »¹². La deuxième question qui a fait débat a consisté à savoir si une circulaire ministérielle (en l'occurrence celle du 6 décembre 2005 du ministre des transports) pouvait interdire le port de certaines tenues religieuses sur la photo apposée à certains documents administratifs (en l'occurrence le permis de conduire). Saisie plusieurs fois de la question, les juridictions ont toujours affirmé la régularité de la mesure¹³. Enfin, la dernière question soulevée interroge les limites au droit de chacun de porter des signes (grande croix chrétienne ou étoile de David par exemple) ou des tenues (voile islamique, kippa etc.) religieuses dans les espaces ouverts au public. Dans un premier temps, l'Etat s'est reconnu le droit d'interdire le port de tels accessoires à l'école par une loi du 15 mars 2004¹⁴, avec le soutien de la CEDH qui a par exemple admis l'interdiction du voile à l'Université¹⁵. Cette solution ne réglant pas tous les problèmes, le parlement a voté, dans un deuxième temps, la loi du 11 octobre 2010, dite « anti-dissimulation du visage », qui interdit le port de vêtement(s) empêchant l'identification d'une personne sur la voie publique, dès lors qu'il manifeste une volonté clairement ostentatoire d'appartenance religieuse ou est susceptible de causer un trouble à l'ordre public.

La cinquième et dernière liberté est la liberté d'expression. Son exercice est garanti par le droit conventionnel et la loi sur la presse du 29 juillet 1881, puisque ces textes reconnaissent aux associations culturelles un libre accès aux médias publics ainsi que la liberté de créer des médias confessionnels. Cette liberté bénéficie d'une protection étendue, dans la mesure où la CEDH a clairement admis que ces associations puissent faire preuve de prosélytisme dans leur prise de parole publique¹⁶. Mais elle n'est pas sans limite pour autant, dès lors que l'Etat peut valablement y apporter certaines atteintes. L'article L.141-6 du Code de l'éducation énonce ainsi par exemple que « le service public de l'enseignement supérieur est laïc et indépendant de toute emprise (...) religieuse ». Le fait que l'Etat paye les salaires des enseignants de certaines écoles religieuses ne pose pas un problème en soi à la laïcité

¹² CA Paris 27.11.2013, Fatima L. c/ Assoc. Baby-Loup, req. n° 13/02981.

¹³ CE 15.12.2006, Assoc. United Sikh, req. n° 289946 ; CAA Versailles 3.7.2008, Min. des transports c/ Assoc. United Sikh et a., req. n° 07VE00215 : valide la circulaire du 6.12.2005 imposant des photos d'identité « tête nue » sur les permis de conduire, sans distinction d'origine, ou de religion au regard des articles 8, 9 et 14 de la CEDH.

¹⁴ Pour des applications de la loi, v. CE 26 juillet 1996 et 5.12.2007 ; CAA de Nancy du 17.11.2008.

¹⁵ CEDH GC 10.11.2005, Leyla Sahin c/ Turquie, req. n° 44774/98

¹⁶ CEDH 25.5.1993, Kokkinakis c/ Grèce, aff. n°14307/88.

puisque'il s'agit de subventionner l'enseignement (non religieux) et non le culte etc mais cela reste discriminatoire car toutes les religions n'y ont pas droit.

Il découle de ce qui précède que la laïcité garantit en droit français et européen l'exercice des libertés privées et publiques nécessaires à l'effectivité de la liberté de religion sans instaurer pour autant une véritable séparation entre l'Eglise et l'Etat, dès lors que ce dernier est habilité à intervenir pour favoriser ou limiter leur utilisation. Ce constat se confirme à l'analyse des conséquences de la laïcité quant à l'égalité de traitement des religions.

II. LAÏCITE ET EGALITE DES RELIGIONS

En droit français et européen, l'égalité en matière religieuse se traduit par un principe de non-discrimination¹⁷ des croyants (A) et des organisations religieuses (B) qui permet paradoxalement en pratique à l'Etat de les traiter différemment.

A. LAÏCITE ET EGALITE DES CROYANTS

Les droits français et européen promeuvent une conception de la laïcité qui permet les différences de traitement entre les individus en matière religieuse.

En droit du travail par exemple, les dérogations (citées *infra* en I.B) à la liberté vestimentaire préjudicient davantage à certains cultes que d'autres, ce qui, de fait, introduit une inégalité de traitement entre croyants. C'est ainsi que la loi précitée du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans les lieux publics pénalise plus particulièrement les musulmanes rigoristes, en leur interdisant de porter le niqab au nom d'une certaine conception du « vivre ensemble ».

En droit civil, de telles différences de traitement se retrouvent, notamment en ce qui concerne les mariages ou les divorces. Certes, le principe de non-discrimination conduit normalement les juridictions à refuser de tirer des conséquences légales des règles religieuses maritales. Ce n'est par exemple pas parce que l'Islam autorise la polygamie, que celle-ci doit être reconnue valable. Au contraire, puisqu'elle méconnaît l'ordre public français en

¹⁷ L'article 225-1 du Code pénal réprime comme discrimination « toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

contrevenant aux règles du mariage civil. Mais des décisions de justice rompent cette égalité entre croyants, en faisant produire des effets de droit à certaines règles religieuses. C'est ainsi par exemple qu'une cour d'appel a accepté d'accorder 8 000 euros de dommages-intérêts à une femme divorcée de confession juive, en réparation du préjudice que lui a causé le refus de son mari de lui donner le « guet » (une déclaration écrite et librement consentie faisant état devant le tribunal rabbinique de sa volonté de mettre fin aux liens religieux du mariage), dès lors que cela l'a empêchée de se remarier religieusement¹⁸.

De telles inégalités se retrouvent encore en matière de police administrative, comme le montre l'état du droit relatif à l'abattage rituel ou encore aux limites de la liberté d'expression. En premier lieu en effet, l'article R. 214-70 du Code rural et de la pêche maritime impose en principe l'abattage ou la mise à mort des animaux après étourdissement préalable, pour assurer leur protection. Par exception toutefois, l'article précité permet au premier ministre d'autoriser l'abattage rituel sans étourdissement préalable. Cette solution va au rebours de la solution adoptée par certains pays européens qui, comme la Pologne ou le Danemark, interdisent désormais purement et simplement de tels abattages¹⁹. Mais elle a été validée par le Conseil d'Etat, dès lors que le principe d'égalité n'interdit selon lui pas en matière religieuse de traiter différemment des situations différentes²⁰. La même différence de traitement se retrouve, en second lieu, quant aux limites de la liberté d'expression. Conformément au principe de l'article 4 DDHC, selon lequel la liberté s'arrête là où commence celle des autres, les représentants du culte musulman n'ont pas réussi à faire condamner le journal satirique Charlie Hebdo pour sa décision de publier des caricatures du prophète Mahomet²¹, bien que de telles publications s'apparentaient selon eux à un blasphème voire à un acte raciste (ce qui est toutefois plus que contestable lorsque l'on sait que l'Islam est une idéologie au même titre que le communisme par exemple, et certainement pas une race !). En comparaison, la justice française avait pourtant accepté d'interdire la diffusion du film *La dernière tentation du Christ* de Martin Scorsèse à la demande de mouvements catholiques intégristes, après qu'ils aient commis des attentats contre des salles de cinéma le projetant²².

¹⁸ CA Versailles Chambre 1, section 1, 16.2.2012, req. n° 10/04809X / Y. »

¹⁹ « Le Danemark met fin à l'abattage rituel », *Le Monde* 18.2.2014.

²⁰ CE, 5 juillet 2013, OABA, req. n° 361441.

²¹ CA Paris 12.3.2008 confirmant Trib. corr. Paris 22.3.2007

²² *Le Monde* des 23 et 25.10.1988.

Si ces solutions montrent qu'en France et en Europe le principe de laïcité se réduit à un principe de non discrimination entre les individus qui conduit paradoxalement parfois en pratique à traiter les croyants de façon différente, la même différence de traitement se retrouve entre les institutions religieuses.

B. LAÏCITE ET EGALITE DES ASSOCIATIONS CULTUELLES

L'égalité des associations cultuelles se concrétise par un principe de non intervention de l'Etat qui lui interdit en principe de reconnaître ou de subventionner quelque culte que ce soit. Si cette règle a clairement été posée par l'article 2 la loi du 9 décembre 1905, sa portée est loin d'être absolue.

D'une part, parce que cette solution n'est pas opposable aux activités religieuses non cultuelles, comme les écoles privées. De telles activités peuvent ainsi discrétionnairement être financées par l'Etat, au risque de voir se développer un soutien forcément inégalitaire des religions.

D'autre part, certains traités internationaux peuvent permettre de contourner l'interdiction formulée par la loi de 1905. C'est ainsi que certains accords avec le Vatican permettent aux associations diocésaines de bénéficier de l'usage gratuit des Eglises qui appartiennent à l'Etat²³.

Enfin, la lettre et l'esprit des lois applicables en la matière reviennent à valider un certain nombre de dérogations.

A la lettre, trois différences de traitement sont possibles entre les cultes.

Premièrement, les articles 10 ou 19 de la loi de 1905 comme le Code général des impôts autorisent des avantages fiscaux aux associations « reconnues » cultuelles par les préfets ou le ministre de l'intérieur. Cette reconnaissance ouvre en effet droit à celles qui en bénéficient à un abattement fiscal de 60 % sur les dons ou versements que leur consentent les particuliers ou les entreprises (v. les art. 200 et 238 bis, 757 et 795 notamment). Ces dispositions avaient, comme on l'a vu, conduit dans les années 1990 les juridictions nationales à utiliser l'arme fiscale pour détruire les mouvements arbitrairement qualifiés de sectes, en leur refusant le bénéfice de ces exonérations et en les obligeant à payer *a posteriori* des sommes énormes avec les pénalités de retard²⁴. Si la CEDH a mis fin à cette jurisprudence, celle-ci n'en était pas moins révélatrice de l'existence d'inégalités de traitement entre les cultes.

²³ En effet entre 1921 à 1924, un accord conclu entre le gouvernement français et le Vatican sous forme de traité diplomatique en forme simplifiée, a abouti à l'élaboration du statut-type de l'association diocésaine. Le pape Pie XI, par l'encyclique *Maximam Gravissimamque* du 18.1.1924, a approuvé la création des associations diocésaines alors qu'il avait interdit aux catholiques de passer par les associations cultuelles.

²⁴ Cass. com. 5.10.2004, Les Témoins de Jéhova, Bull. 2004-178. 201

Cette dérogation a, d'autre part, été complétée par l'article 5 de la loi du 2 janvier 1907 qui introduit expressément une distinction entre les lieux de cultes non revendiqués par des associations à l'époque et les autres. Dès lors en effet que, ainsi qu'on l'a dit, l'Etat est devenu propriétaire des premiers, il lui revient d'assurer les dépenses nécessaires à leur entretien ou leur conservation alors que celles-ci incombent normalement aux associations qui en sont propriétaires pour les autres.

Enfin, les articles L. 2252-4 et L. 3231-5 du CGCT (Code général des Collectivités territoriales) autorisent les personnes publiques à faciliter, lorsqu'un intérêt local le justifie, le financement de la construction d'édifices religieux par des associations culturelles, soit en garantissant leurs emprunts, soit en leur accordant des baux emphytéotiques²⁵. Cette nouvelle dérogation explique la validité des décisions administratives vendant pour un euro symbolique un terrain municipal à des associations islamistes (sans rechercher si leur doctrine n'est pas l'incitation à appliquer la Charia contre la loi démocratique). Mais il s'agit de décisions discrétionnaires, intervenant au cas par cas, qui génèrent pour cette raison des inégalités de fait entre les cultes.

Si toutes ces solutions sont pourtant dictées par la lettre des lois applicables, ces inégalités se trouvent aggravées par celles qui découlent de l'esprit de la législation.

Celui-ci a en effet parallèlement conduit la jurisprudence administrative à ajouter une nouvelle exception à l'interdiction du financement des cultes, en reconnaissant la possibilité pour l'administration d'engager des dépenses, sans liens avec l'entretien ou la conservation des lieux de culte, dès lors 1°) qu'elles répondent à un intérêt local (lié notamment à la préservation du patrimoine culturel ou au développement économique ou touristique) ; et 2°) ne visent pas à favoriser l'exercice d'un culte. Certes cette jurisprudence a permis de valider le financement public de la création d'un abattoir temporaire Halal²⁶. Mais en pratique elle profite davantage à l'Eglise catholique, puisqu'elle a permis de financer par des fonds publics la réparation d'un ascenseur de la basilique privée de Fourvière à Lyon²⁷ ainsi que la restauration d'un orgue de l'église communale de Trélazé²⁸, ce qui est à la limite de la subvention. Ce qui montre bien que le principe de non-discrimination est en principe source d'inégalités.

* *

²⁵ CE Ass. 19.7.2011, Vayssière.

²⁶ CE 19.7.2011, Cte urbaine du Mans - Le Mans Métropole, req. n° 309161.

²⁷ CE 19.7.2011, Féd. de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. P., req. n° 308817.

²⁸ CE 19.7.2011, Cne de Trélazé, req. n° 308544.

*

En conclusion, les droits français et européens promeuvent une conception souple de la laïcité, proche du modèle concordataire, qui a pour inconvénient de porter atteinte au principe d'égalité, en promouvant un principe de non discrimination qui favorise, de fait, les religions traditionnelles établies ou les religions minoritaires revendicatives au détriment des minorités religieuses silencieuses. Ces dernières (hindouisme ou taoïsme par exemple) ne bénéficient par exemple pas d'espaces télévisuels sur la chaîne publique France 2 le dimanche matin au contraire des premières (bouddhisme, islam, judaïsme et christianisme).

Seule une conception stricte et démocratique de la laïcité pourrait véritablement permettre d'assurer la liberté de religion et l'égalité entre les cultes et les croyants, en opérant une séparation nette entre les Eglises et l'Etat. Ce dernier ne devrait ainsi intervenir que pour garantir l'exercice des libertés publiques et privées nécessaires à celui de la liberté de religion, en veillant au seul respect de l'ordre public. Pour le reste, la laïcité devrait lui interdire d'intervenir dans les activités religieuses (comme le proposait en 1982 le projet de loi Savary) et pas seulement dans les activités culturelles (comme le prévoit la loi de 1905) pour assurer une véritable égalité de traitement entre ces derniers et les croyants. Ce principe devrait en outre être constitutionnalisé.

LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA REFORME DE L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE KAZAKHE

Par
A. G. TOUSSOUPOVA
Maître de conférences en droit
à l'Université al-Farabi

Mots clés : Institutions administratives – Fonction publique de carrière – Finances publiques - Lutte contre la corruption.

« Hâtez-vous lentement et, sans perdre courage, vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage ». Cette maxime bien connue de Boileau écrite en 1674 pourrait aussi bien s'appliquer à n'importe quel pouvoir gouvernemental. Car la réforme des institutions publiques est un processus aussi perpétuel que nécessaire aux Etats. Le Kazakhstan n'échappe pas à la règle.

La première décennie qui a suivi son accession à l'indépendance en 1995 a permis au pays de poser les jalons de sa modernisation sociale, économique et politique au regard des standards internationaux. Il a réussi à assurer pacifiquement sa transition démocratique, grâce à l'absence d'ingérence extérieure, à l'attitude responsable des partis politiques et au soutien que le peuple kazakh a apporté aux réformes portées par son président, Noursoultan Nazarbaïev. Ces facteurs se sont en effet conjugués pour permettre au pays de se doter d'institutions fondées sur une réelle séparation des pouvoirs. L'Exécutif s'est ainsi vu confier la responsabilité de l'administration.

D'un point de vue horizontal, celle-ci s'est construite de façon hiérarchisée en étant placée sous son autorité et investie d'importantes fonctions de planification, d'exécution, de réglementation et de surveillance. D'un point de vue horizontale, elle a été bâtie sur la base d'une collaboration entre les ministères et les directions et d'instructions unifiées mises en œuvre par les

chefs de service. Si ces mesures ont permis au Kazakhstan de devenir un exemple en terme de sécurité juridique et de stabilité pour les autres pays de la Communauté des Etats Indépendants, le président de la République a depuis manifesté sa volonté de prolonger ces évolutions.

Il l'a fait une première fois le 1^{er} septembre 2006, lors de l'ouverture de la troisième session du Parlement. A cette occasion, le chef de l'Etat a en effet prononcé un discours dans lequel il a appelé à la construction d'un nouveau modèle de gouvernance où, non seulement, « les intérêts des usagers des services publics soient la priorité » mais aussi où l'appareil d'Etat fonctionnerait sur les principes « de transparence et de responsabilité publique » « en tenant compte des meilleures pratiques internationales »¹.

Des mesures ont en conséquence été prises pour améliorer l'organisation administrative de l'Etat et la qualité des services publics, en terme de lutte contre la corruption, d'augmentation des salaires des fonctionnaires, de gestion budgétaire et de mécanismes d'évaluation et de contrôle de l'action publique. Ces mesures se sont concrétisées par le décret présidentiel du 21 juin 2011 qui pose les bases d'un nouveau modèle de service public au Kazakhstan, mis en œuvre par une fonction publique de carrière².

Le 14 décembre 2012, le Président de la République a toutefois une nouvelle fois annoncé de nouvelles réformes dans son discours « Stratégie Kazakhstan-2050 ». Destinées à faire entrer le pays dans le club des 30 pays les plus développés du monde d'ici 2050³, celles-ci sont orientées autour de trois objectifs complémentaires : le contrôle de la dépense publique (I), la professionnalisation accrue de la Fonction publique (II) et la décentralisation du processus décisionnel (III).

I. LE CONTROLE DE LA DEPENSE PUBLIQUE

Ce premier objectif vise à assurer l'efficacité des réformes socio-économiques entreprises au niveau national ou local, en permettant une allocation optimale des ressources et un suivi plus efficace de l'exécution des décisions politiques. Il vise en d'autre terme à assurer l'effectivité du principe de légalité tout autant que ceux d'efficacité et d'efficience des services publics.

Pour l'atteindre cet objectif, le Président kazakh a approuvé en septembre 2013 la mise en place d'un mécanisme de contrôle des dépenses publiques,

¹ H. A. Nazarbaév, « Modernisation de l'administration publique sur les principes de la gouvernance d'entreprise, la transparence et la responsabilité publique. Rapport à l'ouverture de la troisième session du Parlement du Kazakhstan », <http://www.akorda.kz> .

² Décret du Président de la République du Kazakhstan du 21 juillet 2011.

³ Discours disponible sur <http://www.akorda.kz> .

reposant sur un système d'audit des services publics et d'évaluation des mesures prises pour en améliorer le fonctionnement⁴. La réalisation de ce mécanisme doit se faire par étapes. La première est intervenue en 2013-2014 et s'est notamment traduite par l'adoption de la loi du 15 avril 2013, sur le service public, qui insiste sur les obligations des fonctionnaires⁵. La seconde, toujours en cours d'élaboration, est prévue pour s'étaler sur la période 2015-2017 et devrait conforter ce mouvement, de sorte que tous les services publics soient soumis à ce nouveau contrôle à partir de 2018.

Grâce à ce nouveau mécanisme, les pouvoirs exécutif et législatif devraient avoir accès à des informations objectives et fiables sur l'utilisation des deniers publics et ainsi permettre aux réformes socio-économiques de produire leur plein effet.

Pour ambitieux qu'il soit, un tel objectif n'est pas suffisant. C'est pourquoi il s'accompagne de la volonté de professionnaliser davantage la Fonction publique.

II. LA PROFESSIONNALISATION ACCRUE DE LA FONCTION PUBLIQUE

Ce deuxième objectif tend à améliorer les qualifications des préposés du service public grâce à une généralisation du concours comme voie d'accès à la Fonction publique et une formation accrue des fonctionnaires.

La loi sur le service public du 23 juillet 1999 a posé les jalons de cette évolution en prévoyant la création d'un « secteur A » au sein de la Fonction publique. Ce secteur, constitué des chefs de service des principales directions administratives, n'est accessible qu'aux candidats satisfaisant à des critères précis de sélection, arrêtés par le Président du Kazakhstan⁶. Leur processus de recrutement se veut transparent et leur évolution de carrière doit normalement se faire échelon par échelon, en fonction de leurs aptitudes professionnelles et de leur capacité à améliorer leur niveau de qualification ou de compétences. Par exception, il est toutefois possible de promouvoir plus rapidement les meilleurs agents, notamment ceux qui auront su faire la preuve de leur efficacité au regard d'indicateurs pré-déterminés.

Pour l'aider à assurer leur gestion, le président kazakh a institué en 2013 diverses agences ou commissions nationales concrètement chargées du

⁴ Décret n° 52 du Président de la République du Kazakhstan du 3 Septembre 2013, art. 724.

⁵ Loi n° 88 de la République du Kazakhstan du 15 Avril 2013.

⁶ Loi n° 453 de la République du Kazakhstan du 23 Juillet 1999.

recrutement et de la formation de cette nouvelle génération de fonctionnaires⁷. Parallèlement, a été créé un secrétaire exécutif nommé et révoqué par ses soins après avis du Premier ministre. Il s'agit d'un fonctionnaire jouissant d'un statut spécial, lui garantissant une certaine indépendance vis-à-vis de l'Exécutif, dès lors qu'il ne cesse pas ses pouvoirs en cas de démission du gouvernement. Sa raison d'être est de veiller à ce que l'action des principaux préposés de l'administration assure la cohérence, l'uniformité et la continuité de celle du pouvoir exécutif central.

La modernisation de l'administration centrale s'accompagne toutefois d'une décentralisation accrue.

III. LA DECENTRALISATION DU PROCESSUS DECISIONNEL

Ce dernier objectif vise à renforcer le pouvoir de décision et de gestion des autorités locales de façon, d'une part, à permettre d'adapter au mieux les réformes entreprises aux réalités des territoires infra-étatiques et, d'autre part, à associer davantage les citoyens à la définition et à la réalisation des politiques publiques.

Le 28 novembre 2012, le Président a ainsi fait de l'« autogestion locale » une condition de l'efficacité de l'action publique⁸ selon un calendrier en deux étapes.

Une première étape, intervenue entre 2013 et 2014, a consisté, côté pile, à développer la décentralisation en renforçant le pouvoir de décision et l'autonomie des autorités locales. Outre que de nouvelles compétences leur ont été transférées, notamment en matière social ou pour régler toutes les questions d'actualité d'intérêt local, elles sont désormais élues au suffrage universel indirect : les premières élections locales de l'histoire de la République kazakh se sont en effet déroulées en août 2013. Elles ont permis d'élire 91 % des maires et des chefs de l'administration régionale dans des conditions satisfaisantes au regard des critères démocratiques, puisque pas moins de 7 000 candidats se sont affrontés. Côté face, cette première étape a consisté à renforcer le pouvoir de contrôle des citoyens sur l'action publique locale, en transposant les mécanismes de démocratie participative en vigueur à l'échelle nationale à l'échelle infra-étatique.

La seconde étape échelonnée entre 2015 et 2020 doit conforter ces évolutions en transférant de nouvelles compétences aux autorités locales,

⁷ V. notamment le Décret n° 19 du 7 Mars 2013, art. 319.

⁸ Décret du Président de la République du Kazakhstan du 28 Novembre 2012.

généralisant leur élection et renforçant le rôle des citoyens dans leur prise de décision.

* *

*

Le volontarisme du chef de l'Etat kazakh a véritablement permis la mise en œuvre d'un programme ambitieux de réforme de l'organisation administrative, destiné à renforcer son efficacité en rendant l'action publique plus transparente et démocratique et grâce à une meilleure formation et qualification des fonctionnaires.

Ces évolutions seraient véritablement de nature à favoriser le progrès économique et social du pays et son entrée dans les 30 pays les plus compétitifs au monde. Reste à espérer que les successeurs du président Noursoultan Nazarbaïev héritent de son déterminisme en la matière.

LE NEW PUBLIC MANAGEMENT, VERSION NEW LOOK DU SYSTEME DE L'EMPLOI ?

Par
Fabien BOTTINI
Membre du Conseil de direction du LexFEIM
Maître de conférences HDR en droit public
Responsable du Master Collectivités territoriales
de l'Université du Havre

Mots clés : Fonction publique – Système de la carrière – Système de l'emploi – *New Public Management*.

D'avantage qu'à une doctrine, le *NPM* renvoie à des recherches disparates menées dans des champs disciplinaires différents et ayant pour objectif commun de promouvoir depuis les années 1970 un « mieux d'État »¹, en transposant la logique entrepreneuriale au cœur de l'administration « wébérienne » classique, caractérisée par son organisation hiérarchisée et centralisée².

Cette dernière présente en effet aux yeux du *NPM* l'inconvénient 1°) de favoriser les conflits d'intérêts, 2°) de diluer les responsabilités entre élus et fonctionnaires, 3°) d'allonger les délais de traitement des dossiers et 4°) de leur apporter une réponse souvent inappropriée³, du fait du caractère trop contraignant du cadre légal encadrant son action⁴. Il propose d'y remédier 1°)

¹ Aberbach J. D., « Protecting liberty and benefiting society : can market-based administrative reforms and market-based political institutions effectively co-exist in the US ? » in Butcher T. et Massey A. (dir.), *Modernizing civil services*, Cheltenham, Edward Elgar, 2004, p. 41.

² Pécheur B., « La fonction publique entre le "big bang" et le *statu quo* », *Pouvoirs* 2006-117. 97.

³ McCourt W. et Minogue M. (dir.), *The internationalization of Public Management*, Cheltenham, Edward Elgar, 2001, p. 5.

⁴ McCourt W., « Moving the public management debate forward : a contingency approach » in *The internationalization ...*, p. 209.

en désengageant l'administration d'un certain nombre d'activités par le jeu a) de la dérégulation, b) de la privatisation et c) de leur externalisation au profit de co-contractants privés ; et 2°) en la réorganisant grâce à a) un recours accru aux nouvelles technologies, b) un approfondissement de la décentralisation et c) la transposition des modes de gestion des ressources humaines du secteur privé dans la fonction publique⁵.

De tels remèdes invitent toutefois à la prudence, dans la mesure où ils n'apparaissent pas aussi révolutionnaires que cela. Loin de fonder une fonction publique d'un nouveau genre, ils rappellent à de nombreux égards le système de l'emploi tel qu'il est historiquement apparu aux EU au XIXe siècle (I) dans une version qui combine ses deux variantes, le *spoils-* et le *merit system* (II).

I. UN DERIVE DU SYSTEME DE L'EMPLOI

Alors que dans le système de la carrière les agents publics ont vocation à occuper différents postes dans l'administration jusqu'à leur retraite, dans celui de l'emploi ils sont au contraire recrutés pour un poste et un temps déterminés. Or le *NPM* rappelle ce dernier dans la mesure où il préconise moins de fonctionnaires (A) et plus de contractuels (B).

A. MOINS DE FONCTIONNAIRES

L'un des objectifs du *NPM* est de réduire la part des agents ayant vocation à faire toute leur carrière dans l'administration et qu'on qualifie de fonctionnaires titulaires en droit français.

D'un côté en effet, les réformes qu'il a inspirées en droit américain et français ont tendu à encourager le départ volontaire de ces agents en allouant une prime à ceux qui démissionnaient de leur propre chef⁶, en favorisant leur mobilité au profit d'un organisme privé⁷ ou en permettant le départ anticipé à la retraite de ceux dont la productivité est la moins importante, parce qu'ils sont handicapés ou usés par une longue carrière⁸.

D'un autre côté, ces réformes ont cherché à faciliter leur licenciement. En droit américain, le système de l'emploi explique que toute suppression de

⁵ *Id.*, p. 236.

⁶ Celle-ci étant plafonnée à 25 000 dollars aux EU (Calvès G., « La réforme de la fonction publique aux États-Unis : un démantèlement programmé » in CE, *Réflexions sur la fonction publique*, Paris, DF 2003, EDCE-54, p. 391) et au double de la rémunération brute annuelle perçue au cours de l'année civile précédant la démission de l'agent en France (D. n° 2008-368 du 17 avril 2008).

⁷ Nouvel art. 14 bis de la L. n° 83-634 du 13.7.1983 issu de la L. n° 2009-972 du 3.8.2009.

⁸ Cf. L. n° 2010-1330 du 9.11.2010 et D. n° 2012-847 du 2.7.2012.

poste ou réorganisation de service justifiée par des considérations budgétaires ou d'efficacité suffit à justifier la rupture du lien de travail qui unit l'administration à ses agents⁹. Ce qui est normalement impossible en droit français, en conséquence de la distinction du grade et de l'emploi inhérent au système de la carrière. Selon elle en effet, si l'administration a la libre disposition des emplois publics, elle ne peut porter atteinte aux grades des fonctionnaires qu'à titre disciplinaire, à l'issue d'une procédure lourde faisant intervenir un conseil de discipline, ou en cas d'abandon de poste¹⁰. En dehors de ces hypothèses, ce grade l'oblige à leur proposer un nouvel emploi lorsque celui qu'ils occupent vient à disparaître. Les réformes inspirées par le *NPM* ont toutefois eu pour effet de revenir sur cette garantie¹¹ en rendant désormais possible le licenciement des fonctionnaires qui refuseraient un ou plusieurs postes après une mise en disponibilité¹² ou un congé maladie¹³.

Si cela revient sans le dire à opérer « un recul de la fonction publique de carrière »¹⁴ au profit du système de l'emploi, le parti pris du *NPM* en faveur d'un recours accru aux contractuels va dans le même sens.

B. PLUS DE CONTRACTUELS

Conformément au système de l'emploi, le *NPM* prône une banalisation du recours aux agents contractuels au sein de la fonction publique.

Cette banalisation se traduit d'abord par l'externalisation d'un certain nombre d'activités au profit de personnes privées employant des salariés soumis au droit du travail. Aux États-Unis, les agences fédérales sont ainsi obligées de recenser chaque année les emplois susceptibles d'être confiés à des co-contractants privés¹⁵. Or le législateur est intervenu en droit français pour

⁹ Calvès G., *op. cit.*, p. 396.

¹⁰ CE 21.4.1950, Gicquel, *R.* 225.

¹¹ Marc E., « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle », *AJDA* 2011. 162.

¹² L. n° 84-53 du 26.1.1984, art. 72.

¹³ D. n° 87-602 du 30.7.1987, relatif au régime de congés de maladie des fonctionnaires territoriaux, art. 17 et 35.

¹⁴ Aubin E., « De nouveaux droits pour les fonctionnaires », *AJDA* 2011. 2410.

¹⁵ En conséquence du le *Bush FAIR (Federal Activities Inventory Reform) Act* du 19.10.1998.

privatiser certains services publics nationaux¹⁶ ou locaux¹⁷ ou autoriser les administrations à louer les services d'intérimaires¹⁸ dans ce même but.

Cette banalisation se déduit ensuite des mesures prises pour faciliter le recours à des contractuels au sein même de l'administration. Contrairement aux États-Unis où le recours à de tels salariés est la règle, cette solution a longtemps été proscrite en droit français¹⁹. Sous l'influence du *NPM*, la loi autorise toutefois désormais l'administration à recourir à des CDD (contrats à durée déterminée) pour satisfaire ses besoins occasionnels ou saisonniers²⁰ et à les transformer en CDI (contrats à durée indéterminée) au bout de 6 ans²¹. Fin 2010, la part des contractuels dans la fonction publique française est ainsi passée à 19,9% de ses effectifs totaux (*Rapport annuel sur l'état...*, p. 112). Or cette évolution s'explique dans la mesure où les agents contractuels présentent l'« avantages » de ne pouvoir en principe prétendre être recasés dans une administration voisine en cas de suppression de poste²², conformément au système de l'emploi.

Le *NPM* ne se contente toutefois pas de le réactualiser. Il s'efforce également de l'améliorer en combinant ses deux variantes : le *spoils-* et le *merit system*.

II. UN COMBINE DU *SPOILS* ET DU *MERIT SYSTEM*

Historiquement, le système de l'emploi a connu deux variantes aux EU. Tandis que la première a consisté à accorder les emplois publics en fonction de considérations politiques, la seconde a au contraire cherché à les attribuer en fonction des mérites personnels des candidats. Or le *NPM* opère sans le dire la synthèse de ce *spoils-* (A) et de ce *merit system* (B).

A. UN ZEST DE *SPOILS SYSTEM*

Le *NPM* emprunte au *spoils system* américain le pouvoir des chefs de services de recruter directement certains de leurs collaborateurs.

¹⁶ V. par ex. L. n° 96-660 du 26.7.1996 ; n° 2003-322 du 9.4.2003 ; n° 2004-803 du 9.4.2003 ; n° 2010-123 du 9.2.2010 opérant respectivement la privatisation des établissements publics de France Télécom, d'Air France, d'EDF et de La Poste.

¹⁷ L. n° 2010-559 du 28 mai 2010 transposant la jurisprudence communautaire sur le « *in house* » en droit interne (CJCE 18.11.1999, Teckal, R-I. 8121).

¹⁸ Art. L. 1251-60 à L. 1251-63 du Code du travail issus de la loi précitée de 2009.

¹⁹ CE Sect. 27.10.1999, M. Bayeux, R. 335 ; 30.1.2012, Cousin, AJDA 2012. 243.

²⁰ V. par ex. L. n° 84-53 du 26.1.1984, art. 3 s.

²¹ V. par ex. L. n° 84-53 du 26.1.1984, art. 3-3.

²² CE Sect. 31.12.2008, Cavallo, AJDA 2009. 153, note Calley.

Aux États-Unis, sa diffusion a ainsi conduit le législateur à créer des emplois « déclassifiés » soustraits aux règles du *merit system* et à étendre leur liste à près de la moitié des emplois publics²³. Cette évolution s'est accompagnée de la consécration d'une « *direct-hire authority* »²⁴ habilitant les chefs de services à recruter directement un agent, en allant parfois le chercher directement sur les bancs de l'Université²⁵. Or le même phénomène se retrouve en droit français : outre la faculté des chefs de service de recruter *intuitu personae* leurs contractuels²⁶ ainsi que ceux de leurs collaborateurs appelés à exercer des fonctions politiquement sensibles²⁷, il découle du pouvoir de certaines autorités exécutives de choisir parmi les lauréats des concours ceux avec qui elles souhaitent travailler²⁸.

Historiquement il est vrai le *spoils system* a favorisé le népotisme et le clientélisme. Comme les mêmes dérives ont été constatées au début de la mise en œuvre du *NPM*, ses théoriciens ont proposé d'y remédier en promouvant la notion de « bonne gouvernance » dont l'intérêt est de renforcer l'efficacité de l'action administrative en assurant un meilleur respect des obligations déontologiques des agents²⁹.

D'une part en effet, le *NPM* préconise désormais de clarifier les obligations déontologiques s'imposant à eux, en leur interdisant expressément de se placer en situation de conflit d'intérêts³⁰ (notamment en exerçant une activité lucrative en marge de leur fonction et en prenant un intérêt de nature à compromettre leur indépendance dans une entreprise soumise à leur contrôle) et en rendant publics les principes éthiques qui doivent guider leurs missions³¹.

²³ Calvès G., *op. cit.*, p. 397.

²⁴ *Civil Service Reform Act* du 13 octobre 1978.

²⁵ Calvès G., *op. cit.*, p. 397.

²⁶ CE 8.3.2013, syndicat des cadres de la fonction publique, *AJDA* 2013. 551, cs. 5 *a contrario*.

²⁷ Outre que ces emplois sont à l'échelle nationale pourvus à la discrétion du gouvernement, les élus locaux ont le pouvoir de nommer qui ils veulent membres de leur cabinets ou sur un emploi fonctionnel (L. n° 84-53 du 26.1.1984, art. 47 et 110).

²⁸ V. par ex. art. 41 de la L. n° 84-53 du 26.1.1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

²⁹ Minogue M., « Introduction : the analysis of public management and governance » in *Minogue M. et a. (dir.), Beyond the new public management. New horizons in public policy*, Cheltenham, Edward Elgard, 2000, p. 6.

³⁰ Cf. *Ethic reform Act* du 30.11.1989 et art. 25 de la L. préc. du 13.7.1983 (dans sa rédaction en vigueur après l'adoption de l'article 33 de la L. n° 2009-972 du 3.8.2009). V. aussi le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (*Doc. AN*, 17.7.2013, n° 1278).

³¹ Cf. Section 101 de l'Ordre exécutif n° 12674 du 12.4.1989 et la partie 2635 des *Standards of ethical conduct for employees of the executive branch* arrêtée par le *US Office of Government Ethics* le 1^{er}.1.2002 et D. n° 2003-735 du 1^{er}.8.2003. V. aussi la jurisprudence administrative française relative au contentieux disciplinaire (synthétisée in Chapus R., *Droit administratif*

D'autre part, il est à l'origine de la création de déontologues chargés d'assurer au sein des administrations le respect de ces principes et de conseiller, le cas échéant, les agents ou les chefs de service sur la marche à suivre face à de possibles cas de conflit³².

S'il s'agit de la sorte de remédier aux maux du *spoils system*, le *NPM* emprunte également au *merit system*.

B. UNE PINCEE DE MERIT SYSTEM

Le *NPM* s'inspire du *merit system* dans la mesure où il lie promotions professionnelles et performance des agents³³. Conformément à cet objectif, les droits américain³⁴ et français³⁵ ont renforcé le pouvoir des supérieurs hiérarchiques directs lors de l'évaluation de leurs subordonnés, en leur permettant d'attribuer des primes au mérite de façon à récompenser individuellement³⁶ ou collectivement³⁷ les agents les plus performants au regard d'objectifs préalablement fixés.

La reconnaissance de leurs mérites explique également le développement de mécanismes de type « participatif » au sein de l'administration destinés à les associer davantage aux réformes dont ils sont l'objet. L'idée est en effet de profiter de leur expérience pour améliorer le fonctionnement des services. Aux États-Unis³⁸ comme en France³⁹, les chefs de service ont ainsi été encouragés à recourir à la négociation collective, en mettant en place des structures paritaires de type *labor-management* ou *partnership councils*, pour tout ce qui concerne l'élaboration des règles relatives aux conditions (hygiène, sécurité et santé au travail) et à l'organisation du travail (télétravail ; insertion professionnelle des travailleurs handicapés ; égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) ainsi qu'au déroulement des « carrières » (promotion

général, t. 2, Paris, Montchrestien 2001 ; Auby J.-M. et a., *Droit de la fonction publique*, Paris, Dalloz 2012).

³² Sur les *Ethics officials* du droit américain et leur transposition en droit interne des États européens, v. OCDE, *Trust in Government*, p. 323 et art. 87 de la L. n° 93-122 du 29.1.1993 (modifié par L. n° 2007-148 du 2.2.2007).

³³ Polidano C., « Administrative reform in core civil services : application and applicability of the new public management » in *The internationalization...*, *op. cit.*, p. 50.

³⁴ *Civil Service Reform Act* préc. de 1978.

³⁵ L. *préc.* n° 2009-772 du 3.8.2009 et 2010-751 du 5.7.2010.

³⁶ Cf. L. *préc.* du 5.7.2010 et Arrêté IOCA1030078A du 9.2.2011, fixant les corps et emplois bénéficiant de la prime de fonctions et de résultats.

³⁷ D. n° 2012-624 du 3.5.2012.

³⁸ Calvès G., *op. cit.*, p. 392.

³⁹ Nouvel art. 8 bis de la L. *préc.* du 13.7.1983 (issu de la L. n° 2010-751 du 5.7.2010).

professionnelle, formation initiale et continue, action sociale et protection sociale complémentaire).

* *

*

En conclusion, le *NPM* apparaît à bien des égards comme un succédané du système de l'emploi cherchant à combiner ses deux variantes, le *spoils* et le *merit system*, de façon à ne conserver que leurs avantages réciproques. Malgré l'intérêt de certaines des solutions qu'il préconise, la scientificité du *NPM* doit donc être relativisée, du fait de la filiation du système de l'emploi avec la pensée néolibérale anglo-saxonne. C'est pourquoi il convient de faire preuve de circonspection dans sa mise en œuvre⁴⁰ et d'y voir, comme les autorités françaises, une boîte à outils dans laquelle il est possible de piocher certaines idées plus que le remède miracle aux maux de l'administration classique. Tout dogmatisme risquerait en effet d'être contreproductif en démotivait les agents et en détériorant le niveau des prestations du service public, comme cela a finalement été le cas dans certains pays anglo-saxons.

⁴⁰ Polidano c/ et a., « Conclusions : looking beyond the new public management » in *Beyond the new public management...*, op. cit., p. 291.

AXE 3

LE ROLE ET LA PLACE DU DROIT INTERNATIONAL DANS LE PROCESSUS DE REGIONALISATION

L'INFLUENCE DE LA FRANCE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Par
Gilles LEBRETON
Membre et directeur honoraire du LexFEIM
Professeur de droit public
Doyen honoraire de la Faculté des Affaires internationales
de l'Université du Havre

Mots clés : Souveraineté des Etats – Droit international public – Traités internationaux – Droits de l'Homme – Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Responsabilité de protéger – Cour internationale de justice.

On s'interroge parfois aujourd'hui sur la place de la France dans le monde. Certaines analyses pessimistes estiment en effet que la France aurait perdu son statut de grande puissance, et qu'elle n'exercerait plus qu'une influence marginale, voire négligeable, sur le droit international public. Son seul avenir serait dès lors d'accepter de se fondre dans une Union européenne se transformant progressivement en un Etat fédéral dominé par l'Allemagne sous protectorat américain.

Ce « déclinisme » doit être combattu. L'idée que la France serait vouée au déclin est en effet très contestable. Elle semble résulter davantage d'une stratégie idéologique visant à faire accepter par résignation (à défaut d'enthousiasme) le fédéralisme européen, plutôt que d'analyses véritablement scientifiques. La réalité de l'influence française est très différente. La France a contribué et contribue encore très activement à construire le droit international public (I). Elle est d'autre part toujours une grande puissance qui compte sur la scène internationale (II).

I. LA CONTRIBUTION DE LA FRANCE A LA CONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

La France est une grande nation. Elle est porteuse d'une tradition juridique et d'une singularité culturelle qui ont profondément influencé le droit international public (DIP). Victorieuse de la guerre de Trente ans, la France de Mazarin a imposé au monde, par les traités de Westphalie de 1648, sa conception, héritée de Jean Bodin (1530-1596), d'un ordre international composé d'Etats souverains. Elle a ainsi anéanti le vieux rêve de l'Eglise de reconstituer l'unité du monde chrétien sur le modèle de l'Empire de Constantin, vieux rêve dont le Saint Empire romain germanique, vaincu en 1648, aura été l'ultime avatar.

La France est par la suite restée fidèle à sa conception « souverainiste » du DIP, et a veillé à son respect. C'est ainsi à l'occasion d'un litige opposant la France à la Turquie que la Cour permanente de justice internationale (CPJI) affirme le 7 septembre 1927, dans la célèbre affaire du Lotus, que « le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants » et que ses règles « procèdent donc de la volonté de ceux-ci ». Et c'est à propos d'un litige opposant la France à l'Espagne qu'une sentence arbitrale proclame le 16 novembre 1957, dans la non moins célèbre affaire du Lac Lanoux, que « la souveraineté joue comme une présomption », confirmant ainsi la souveraineté territoriale de la France face aux prétentions espagnoles. Dans la même optique, la France refuse avec constance de reconnaître l'existence d'un « *jus cogens* » qui s'imposerait aux Etats indépendamment de leur consentement, ce qui l'amène notamment à refuser de ratifier la Convention de Vienne du 23 mai 1969, coupable à ses yeux de consacrer cette notion.

La France ne souhaite pas pour autant que chaque Etat vive replié sur lui-même. Dès 1648, elle affirme au contraire la nécessité d'organiser la coopération entre Etats souverains. Dix ans plus tôt, en 1638, Sully avait déjà attribué à Henri IV, assassiné en 1610, le « grand dessein » de créer une confédération européenne de quinze Etats égaux, qui aurait été coordonnée par six conseils particuliers et par un conseil général. Abandonné ensuite, ce projet est réaménagé et réalisé à l'échelle du monde près de trois siècles plus tard. Dans la droite ligne du « grand dessein », le traité de Versailles du 28 juin 1919 crée en effet une « société des nations » (SDN), à l'initiative du président américain Woodrow Wilson mais aussi du Français Léon Bourgeois (1851-1925), qui en sera le premier président en 1919 avant de recevoir le prix Nobel de la paix en 1920. Contrairement aux Etats-Unis, qui refusent finalement de ratifier le traité de Versailles, la France devient alors un membre actif de la SDN, en s'acquittant notamment du mandat qu'elle lui donne d'amener à l'indépendance (en 1946) la Syrie et le Liban. Certes, le rôle de la France est plus effacé lors de la création de l'Organisation des Nations-Unies (ONU). Elle n'est pas invitée, en effet, à participer aux deux conférences de

Dumbarton Oaks qui dessinent les contours de la future Charte de l'ONU. Cela s'explique par le fait que ces conférences, qui réunissent les Etats-Unis, le Royaume-Uni, l'URSS et la Chine, se déroulent du 21 septembre au 7 octobre 1944, alors que le gouvernement provisoire de la République française ne sera reconnu que le 23 octobre. Il n'en reste pas moins qu'en ayant été à l'origine de la SDN, la France a indirectement contribué à créer l'ONU.

Plus récemment, la France s'est illustrée en organisant la coopération internationale en matière de désarmement. C'est ainsi qu'elle est à l'origine de la remarquable Convention de Paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction des armes chimiques. Cette Convention a le mérite de créer une organisation internationale, l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC), à qui elle reconnaît le pouvoir de faire des inspections inopinées sur le territoire des Etats signataires, afin de vérifier la réalité de leurs engagements. L'efficacité de l'OIAC lui a valu de recevoir le prix Nobel de la paix en 2013. Dans le même ordre d'idées, la France a joué un rôle important dans l'élaboration de la résolution 1540 du conseil de sécurité de l'ONU du 28 avril 2004, contre la prolifération des armes de destruction massive, et dans la confection de la Convention d'Oslo du 3 décembre 2008 portant interdiction des « armes à sous-munitions ».

Et à l'heure actuelle, la France joue un rôle majeur dans la lutte contre le changement climatique. Non contente d'avoir ratifié le protocole de Kyoto du 10 décembre 1997 (contrairement aux Etats-Unis), elle œuvre activement, année après année au-delà de l'alternance politique, pour persuader les autres Etats, y compris les plus réticents, d'accepter de s'engager à prendre les mesures nécessaires pour limiter le réchauffement atmosphérique. Ses efforts semblent sur le point d'être récompensés, dans la mesure où l'accord de Varsovie du 23 novembre 2013 annonce pour 2015 l'adoption d'un Pacte sur le sujet, qui sera symboliquement signé à Paris.

II. LA PUISSANCE DE LA FRANCE SUR LA SCENE INTERNATIONALE

La France ne s'est pas contentée d'organiser la coopération entre Etats souverains. Elle est aussi restée un acteur majeur du DIP en s'affirmant – encore aujourd'hui malgré le « déclinisme » ambiant – comme l'une des principales puissances du monde. La France est ainsi toujours une puissance diplomatique, plus encore qu'à l'époque où Talleyrand jouait un rôle décisif dans l'élaboration de l'acte final du Congrès de Vienne du 9 juin 1815. C'est ainsi qu'elle occupe depuis 1945 l'un des cinq sièges permanents du conseil de sécurité de l'ONU. A ce titre, elle n'hésite pas à utiliser son veto, comme en 2003 où la simple menace de l'utiliser a contraint les Etats-Unis à effectuer

leur intervention armée en Irak en dehors du cadre de l'ONU. A cette occasion, le ministre français des Affaires étrangères, Dominique de Villepin, a fait à l'ONU, le 14 février 2003, un vibrant plaidoyer contre cette guerre, qui a suscité l'adhésion et le respect de beaucoup d'Etats ainsi que d'une large partie de l'opinion publique internationale. La France a aussi, avec 163 ambassades répertoriées en 2012, le troisième réseau mondial d'ambassades après les Etats-Unis et la Chine.

La France est aussi une puissance militaire qui compte. Elle est en effet l'un des rares Etats du monde à disposer (depuis 1960) de l'arme nucléaire. Elle jouit aussi de la capacité, que lui envie la plupart des Etats comparables, à « projeter » ses forces conventionnelles sur des théâtres d'opération éloignés de son territoire national, notamment pour le compte de l'ONU. C'est ainsi qu'elle est devenue le « gendarme de l'Afrique ». Elle est en effet intervenue militairement dans des Etats africains soit pour mettre fin à des guerres civiles, comme en Côte d'Ivoire en 2002, en Libye en 2011, et en Centrafrique en 2013, soit pour repousser l'offensive des forces terroristes d'Al Qayda, comme au Mali en 2013. A chaque fois, le conseil de sécurité de l'ONU a autorisé ou validé a posteriori ses initiatives (cf. respectivement ses résolutions 1464 du 4 février 2003, 1973 du 17 mars 2011, 2127 du 5 décembre 2013, et 2100 du 25 avril 2013), reconnaissant par là même qu'elles visaient bien à rétablir l'ordre dans l'intérêt général et non à favoriser l'émergence d'une sorte de néo-colonialisme.

La France est également une très grande puissance maritime, particularité dont on mesurera l'ampleur des retombées économiques dans les années qui viennent. Elle est en effet la grande bénéficiaire de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982. Avec 11 millions de km², elle détient désormais, grâce à ses possessions « outre-mer », la deuxième superficie mondiale de cette zone maritime, juste derrière les 11,4 millions de km² des Etats-Unis. Elle est aussi une grande puissance maritime à un autre égard, grâce à sa flotte militaire. Le rôle essentiel qu'elle joue actuellement dans la lutte contre la piraterie, au large de la Somalie, le prouve. La France a en effet mis en place, depuis décembre 2008, l'opération Atalante, qui consiste à faire patrouiller des navires de guerre au large de la Somalie. Officiellement, cette opération réunit plusieurs Etats de l'Union européenne, mais la France y joue le rôle principal, notamment en mettant à leur disposition sa base militaire de Djibouti. Là encore, il s'agit d'une intervention que le conseil de sécurité de l'ONU a autorisée, par sa résolution du 2 juin 2008.

La France est également une puissance économique qui continue à compter sur la scène internationale, malgré son immersion dans l'Union européenne et malgré la crise de 2008. Elle le prouve grâce à d'incontestables

succès technologiques et industriels comme Ariane ou surtout Airbus (qui a détrôné Boeing en 2013), entreprises créées en partenariat avec certains de ses voisins européens en dehors du cadre de l'UE. L'immense étendue de sa zone économique exclusive, qu'on a déjà évoquée, est prometteuse d'autres succès. L'influence de la France en matière économique est d'ailleurs attestée par le rôle qu'elle a joué dans la transformation du G 20. Créé en 1999, le G 20, qui regroupe dix-neuf Etats importants sur le plan économique plus l'Union européenne, ne réunissait en effet jusqu'en 2008 que les ministres des Finances de ces Etats. Depuis 2008 il réunit au contraire leurs chefs d'Etat ou de gouvernement, grâce à l'initiative en ce sens du président français Nicolas Sarkozy, à l'époque président de l'UE.

La France est enfin (« et surtout », ajouterait bon nombre de Français) une grande puissance culturelle, grâce à son image tridimensionnelle de patrie de la démocratie, de patrie de la langue et de la culture françaises, et de patrie des droits de l'Homme.

Patrie de la démocratie, elle a inventé le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, aujourd'hui consacré par l'article 1 de la Charte de l'ONU, en organisant des référendums d'autodétermination pour décider l'annexion d'Avignon en 1791 et de la Savoie en 1792.

Patrie de la langue et de la culture françaises, elle est l'inspiratrice d'une Organisation internationale de la Francophonie qui compte aujourd'hui 77 Etats membres, et dont le dénominateur commun est d'avoir officiellement « en partage la langue française et les valeurs universelles » que sont la démocratie, le respect des droits de l'Homme, le dialogue des civilisations et la solidarité entre les peuples. La France propose ainsi au monde un modèle de société internationale plus humaniste et moins mercantile que le modèle anglo-saxon actuellement dominant.

Patrie des droits de l'Homme, elle a adressé au monde sa Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Elle a ensuite été à l'origine de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 et de la création du Conseil de l'Europe en 1949, notamment par l'entremise de René Cassin (1887-1976), président de la Cour européenne des droits de l'Homme de 1965 à 1968 et prix Nobel de la Paix en 1968. Elle a également pris une part active à la mise en place d'une justice pénale internationale en prenant l'initiative de la création par le conseil de sécurité de l'ONU, en 1993 et 1994, des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda (résolutions 827 du 25 mai 1993 et 995 du 8 novembre 1994), prélude à la création de la Cour pénale internationale par la Convention de Rome du 17 juillet 1998. Non contente de fournir à l'ONU de gros contingents de « casques bleus » ou de soldats de la paix chargés de

protéger les populations civiles au péril de leur vie, comme au Liban en 1983, elle est enfin à l'origine du devoir d' « assistance » humanitaire, consacré par l'Assemblée générale de l'ONU dans sa résolution 43/131 du 8 décembre 1988, votée sur proposition du Français Bernard Kouchner, alors secrétaire d'Etat à l'action humanitaire, qui préférait pour sa part utiliser l'expression (imprudente au regard du respect de la souveraineté des Etats) d' « ingérence » humanitaire. Conformément à la doctrine la plus récente du Quai d'Orsay, l'ONU préfère parler, depuis le document final de son sommet mondial de 2005, de « responsabilité de protéger » les populations civiles. Comme l'explique Ban Ki-moon dans son rapport du 12 janvier 2009, cette nouvelle responsabilité repose sur trois « piliers » qui consistent I) à la confier prioritairement à l'Etat concerné lui-même II) avec éventuellement une assistance internationale III) et substitution de l'ONU en cas de mauvaise volonté ou d'incapacité absolue de l'Etat à l'exercer. Ainsi définie, la « responsabilité de protéger » a été expressément consacrée par le conseil de sécurité, notamment à la demande de la France dans ses résolutions 1970 du 26 février 2011 et 1973 du 17 mars 2011 concernant la Libye. Il est clair que cette évolution se situe dans le droit fil de la « *french interference* » initiée par Bernard Kouchner en 1988, confirmant s'il en était besoin la permanence de l'influence française en matière de respect des droits de l'Homme.

* *
*

En conclusion, l'influence de la France sur le droit international public est considérable. La France a contribué et contribue toujours activement à construire ce droit. En outre, elle reste l'une des principales puissances de la scène internationale, contrairement à ce qu'un certain courant « décliniste » voudrait faire croire. Mais ce qui nous semble encore plus important est que, fidèle à son Histoire et à sa culture, elle n'utilise pas cette puissance uniquement pour servir ses intérêts, mais aussi et surtout pour promouvoir un modèle de société internationale fondé sur le respect des droits de l'Homme et la solidarité entre les peuples. Elle mérite ainsi, par cet altruisme qui fait sa singularité, de recevoir l'hommage célèbre que lui a rendu Charles Péguy : « C'est embêtant, dit Dieu. Quand il n'y aura plus ces Français, il y a des choses que je fais, il n'y aura plus personne pour les comprendre ».

OBSERVATIONS SUR LE PRINCIPE DE CRÉATION D'UNE COUR CONSTITUTIONNELLE INTERNATIONALE

Par
Gourmo LO
Membre du LexFEIM
Maître de conférences HDR en droit public
à l'Université du Havre

Mots clés : Cour constitutionnelle internationale – Cour pénale internationale – Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme – Union africaine – Démocratie – Souveraineté – Droits de l'Homme.

Si en terme d'importance « stratégique » pour les relations internationales, une initiative peut-être comparée à celle en cours de la Tunisie concernant la création d'une Cour constitutionnelle internationale (CCI), c'est sans aucun doute celle de Trinidad et Tobago à la fin des années 80, pour relancer le processus de négociation en vue de l'adoption d'un projet de statut d'une juridiction pénale internationale, confié par l'ONU à la Commission du droit international depuis 1948, mais considéré jusqu'alors comme mort-née, du fait du conflit Est-Ouest.

Ce n'est sans doute pas la « taille » diplomatique de ce « micro-Etat » des Caraïbes qui a pesé pour faire accepter aux « Grands » ce qu'ils avaient jusqu'alors refusé. La solution d'une justice pénale *ad hoc* avait été imposée par les circonstances historiques nées de la disparition du Bloc soviétique, la montée en puissance de la « société civile internationale » et ses revendications de démocratisation du monde ainsi que les exigences d'une conscience sociale universelle clairement exprimée à travers diverses enceintes et tribunes internationales, à l'occasion des génocides et autres crimes contre l'humanité qui avaient frappé les Balkans (ex Yougoslavie) et l'Afrique (Rwanda, Sierra Leone). En 1998, le Statut de Rome était adopté et entré en vigueur en 2012.

Bien entendu, l'expérience de l'initiative de la CCI n'est pas tout à fait identique. Mais, si elle ne se déploie pas actuellement dans le même contexte de ferveur « démocratique » universelle caractéristique des années 90, elle n'est pas moins tributaire de ce contexte général duquel le monde n'est pas encore sorti. C'est ce contexte qui fonde encore pour ses initiateurs, l'espoir que ce nouveau projet connaisse le même sort bénéfique que celui de la CPI, les amenant à formuler un projet désormais officiellement soumis aux instances d'approbation internationale et dont le fondement juridique repose sur le même socle que celui sur lequel reposent les principales avancées du droit international public post guerre froide . A tous points de vue, une présentation de ce projet s'avère utile compte tenu des enjeux qu'il représente pour le développement du droit international et pour les bouleversements qu'il pourrait provoquer s'il devait connaître le même sort heureux que celui qu'a connu l'initiative de Trinidad et Tobago.

Pour ce faire, nos quelques observations porteront d'abord sur un bref rappel de l'origine et des développements récents de ce projet titanesque (I), la configuration que ses initiateurs entendent lui donner (II) avant de voir sur quels fondements juridique et politique ils ont cru pouvoir l'appuyer pour le légitimer (III).

I. ORIGINES ET EVOLUTION DU PROJET

Le projet, porté par un homme seul (A), a connu le sort qu'une histoire inattendue et pleine de surprise a élevé au-delà des espérances de son concepteur, pour devenir celui d'un Etat puis pratiquement celui d'un continent (B).

A. LE POINT DE DEPART DU PROJET : UNE INITIATIVE TUNISIENNE

Le 8 novembre 1999, M. Moncef Merzouki, alors Président de la Ligue Tunisienne des Droits de l'Homme et porte parole du Conseil National pour les Libertés en Tunisie exprime dans le journal français Libération, l'espoir de voir un jour se créer une juridiction internationale de même stature et de même prestige internationaux que la Cour Pénale internationale dont les statuts venaient alors d'être adoptés à Rome ou que la Cour Internationale de Justice, à l'effet d' « agir en cas de scrutins truqués et (de) rappeler les Etats au respect des libertés ». L'idée était directement produite par le contexte politique national tunisien caractérisé par l'exercice d'une féroce répression des libertés par la dictature de Ben Ali, alors au firmament de sa puissance. Cette « Cour mondiale de la démocratie » devait donc être un substitut à la justice nationale

défaillante des Etats en matière de transparence électorale et de contrôle du respect par les Etats de leurs engagements internationaux en matière de droits humains fondamentaux. L'auteur, alors en exil en France consolide sa réflexion en érigeant la création de cette Cour au rang d'une priorité pour l'ensemble des pays en bute aux difficultés d'une normalisation démocratique, comme il l'exprimera dans *Le mal arabe*, un livre paru en 2004. Cette idée, ancrée d'abord dans la vision d'un « homme de la société civile », s'incorporera dans le processus de l'action politique tunisienne et en épousera le sort, à travers celui que le « Printemps arabe » (qui fut d'abord et avant tout « la Révolution du Jasmin » de Tunisie) réservera à son auteur.

Elu Président de la République dans le sillage de cette Révolution du Jasmin, M. Merzouki se fera un devoir de faire porter le principe de la création de la CCI par la Tunisie, grâce d'une part au poids que représente cette prise en charge par un homme d'Etat en exercice de pouvoir d'une part, et grâce à son entree dans les milieux académiques et de la société civile. Il est vrai que dès 2004, son compatriote le Professeur Yadh Ben Achour, très respecté dans les milieux intellectuels tunisiens en raison de son indépendance d'esprit en pleine dictature, s'appropriera l'idée de la Cour Constitutionnelle en en faisant l'un des points de conclusion essentiels de son Cours à l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel dont le siège est à Tunis. Un véritable tandem Merzouki-Ben Achour, Président de la république-Spécialiste du Droit public national et international va ainsi se constituer et apparaître rapidement comme les deux co-auteurs attitrés de ce projet et qui va vite s'internationaliser par ce biais.

B. SA RECEPTION INTERNATIONALE

Conformément à la pratique en matière d'initiatives de cette envergure, le projet tunisien sera porté sur la scène internationale suivant *grosso modo* le schéma qui fut notamment mis en œuvre lors de la constitution de la CPI et à l'occasion de l'élaboration en cours d'un Projet de création d'une « Cour Pénale internationale de l'environnement et de la santé ». L'internationalisation du projet tunisien passera ainsi par l'étape obligatoire de la mise sur pied d'un groupe de spécialistes (Comité d'Experts) de haut niveau comprenant plus d'une vingtaine de nationalités de toutes les régions du monde et chargé à partir de 2011 de la réflexion et de la mise en forme du projet en vue de lui assurer le plus grand retentissement international. A côté du Président de la République, un Comité *ad hoc* prendra le relais avec l'objectif de former un collectif d'une centaine de Professeurs de droit international public et de droit constitutionnel venus de tous les continents à côté d'un autre collectif de personnalités venues du monde politique, des arts,

de la culture, du sport etc. pour lui assurer une plus grande promotion idéologique et politique. Dans ce cadre, vont se succéder de multiples activités scientifiques et rédaction d'articles et publications destinées à lever les ambiguïtés, répondre aux critiques et emporter la plus grande adhésion sur l'opportunité et la faisabilité de ce projet.

Avec la ferveur et l'activisme qui lui sont coutumiers, le Président tunisien va alors entreprendre une véritable opération de charme auprès de ses pairs en vue de leur faire accepter son projet « clé en main ». L'offensive sera d'abord portée et couronnée de succès auprès des Chefs d'Etat africains dont certains d'entre eux connaissent personnellement M. Merzouki, pour avoir partagé le long chemin de l'opposition aux dictatures africaines et celui de l'exil notamment en France. Le XXe Sommet de l'Union Africaine tenue à Addis-Abeba en Ethiopie en janvier 2013 donne son aval de principe au projet et soumet son examen à son Comité de droit international pour une réflexion sur les conditions de sa réalisation. Ce faisant, le projet sera ainsi labellisé « africain » et bénéficiera du soutien des 53 Etats membres de cette organisation continentale. A ce jour, c'est le plus grand succès obtenu par le projet sur la scène diplomatique même si ce succès n'est encore qu'un succès d'estime et de reconnaissance, en attendant que le Comité à qui l'Union Africaine a confié la tâche rende définitivement ses conclusions de faisabilité. Dans les autres tribunes internationales, le Président tunisien poursuit son plaidoyer, comme ce fut le cas lors des discours prononcés tant devant l'Assemblée générale des Nations Unies (2013) ou devant le Parlement Européen plus récemment en février 2014.

On voit donc que, sans avoir eu le niveau de mobilisation internationale atteint lors des campagnes en faveur de la CPI, le projet de CCI est bien sur les rails de la diplomatie internationale malgré d'évidentes difficultés de cadrage avec certaines des institutions internationales existantes du fait même de la stricte configuration de ce projet « clé- en- mains ».

II. LA CONFIGURATION DU PROJET

La singularité du projet par rapport aux juridictions internationales existantes provient du droit que ses auteurs entendent lui faire appliquer vis-à-vis des Etats parties (A) ainsi que de sa composition et fonctions (B).

A. LE DROIT APPLICABLE PAR LA COUR

Le moins difficile est de « donner » à la Cour son droit. C'est d'ailleurs sur ce point précis qu'avait initialement porté l'un des principaux arguments de son initiateur. La Cour devrait s'attacher à faire respecter l'ensemble des

obligations nationales et internationales des Etats en matière de respect des règles démocratiques, des règles de bonne gouvernance électorale et en matière de libertés publiques et de droits fondamentaux. Sur le plan national, la Cour veillerait au respect par les différentes autorités des Etats membres, des normes internationales tant universelles que régionales, suivant le seul critère de leur entrée en vigueur et de leur opposabilité à l'Etat concerné.

B. LA COMPOSITION ET LES FONCTIONS DE LA COUR

Le projet propose un système de choix de 21 membres de la Cour devant assurer à la fois leur compétence professionnelle et leur représentativité géographique, dans le cadre de l'ONU et de ses institutions politiques (Assemblée générale qui décide *in fine*), juridiques (Commission du Droit international) et juridictionnelles (Cour Internationale de Justice et Cour Pénale Internationale).

La Cour ainsi composée aurait une double mission.

Une mission tout d'abord consultative consistant à donner son avis et ses opinions sur des textes ou projets de textes que pourraient lui soumettre aussi bien des organismes étatiques, paraétatiques (Organisations internationales) que non étatiques (ONG, partis politiques etc...).

Une mission contentieuse ensuite, puisque la Cour, sur saisine des institutions internationales (universelles ou régionales), d'ONG, de partis politiques, éventuellement avec soutien pétitionnaire, ou d'individus, rendrait des décisions de conformité ou de non-conformité de caractère exécutoire, avec une phase facultative de médiation préliminaire. Sur le fond, la Cour engagerait la responsabilité de l'Etat en exigeant de lui qu'il se conforme à ses obligations internationales et/ou qu'il répare les dommages causés à autrui.

III. FONDEMENT JURIDIQUE ET OPPORTUNITE POLITIQUE

Si l'idée d'une juridiction constitutionnelle internationale est incontestablement séduisante et participe de la vision doctrinale en vogue d'un droit mondial (et non plus seulement international), il reste cependant à lui trouver un ancrage dans le système juridique réellement existant, un fondement juridique, seul en mesure de lui assurer sa cohérence théorique en terme de légitimité et non pas seulement de désirabilité (A) ; sans oublier, bien sûr, la question centrale, stratégique de son opportunité politique actuelle qui elle, renvoie, à sa faisabilité (B).

A. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA CREATION DE LA COUR

Est légitime dans un système de valeurs normatives (juridique ou morale) tout fait ou situation correspondant ou coïncidant avec ces dernières et qui, pour cette raison, peut s'en réclamer, s'en prévaloir et s'y fonder. Toute institution ou norme nouvelles dans un système doit donc y subir l'épreuve de sa légitimité.

En ce qui concerne la CCI, sa légitimité pourrait être difficilement contestable du fait de la carence majeure qu'elle pourrait sans aucun doute combler dans le système international de protection de la démocratie et de ses valeurs intrinsèques d'une part, et du fait de sa conformité entière avec la nouvelle lecture de la souveraineté des Etats à laquelle on assiste depuis plusieurs décennies, d'autre part.

La création de la Cour est amplement justifiée par le fait qu'elle pourrait mettre fin à la distorsion qui existe entre l'intensification du mouvement de constitutionnalisation du droit international et d'internalisation du droit conventionnel en matière de démocratie et de droits fondamentaux, comme le relève la doctrine quasi-unanimement dans le monde entier ; et l'absence de sanction juridique indépendante de la violation des normes en question. En la matière, il n'existe que la sanction primitive des réactions et contre-mesures politiques des Etats ou des organes inféodés des institutions internationales, en dehors de certains mécanismes juridictionnels régionaux limités géographiquement par définition (dans l'Union Européenne par exemple).

Le projet est conforme à tous égards au contenu que les Etats donnent désormais à la souveraineté de l'Etat qui, non seulement ne peut tenir en échec la démocratie et les droits humains mais en est même désormais une expression juridique. Etant donné qu'il est admis de nos jours que c'est l'atteinte aux règles démocratiques et aux droits de l'homme qui constituent une atteinte interne à la souveraineté de l'Etat souvent par les gouvernants du moment ou par ceux qui postulent à le devenir, il en découle que l'existence de la CCI serait précisément une garantie pour le plein respect de cette souveraineté du peuple et des citoyens qui le composent.

B. L'OPPORTUNITE DE LA CREATION DE LA COUR

Si, au plan du droit international actuel, rien ne s'oppose à la création de la CCI, il reste à se demander ce qu'il pourrait en être de la réaction concrète des Etats dans la phase actuelle des relations internationales. Imaginable voire désirable, la question est de savoir si elle est opportune de nos jours.

Les problèmes de constitutionnalité et de respect des droits de l'homme à l'intérieur des Etats relèvent désormais de l'ordre international sur lequel veillent les Etats et les institutions internationales. On le voit clairement à travers les réactions que suscitent certaines crises ayant pour objet leur remise en cause ou leur sauvegarde. D'une certaine façon c'est le cas de la plus récente d'entre elles, la crise ukrainienne du fait des problèmes liés aux conditions de contestation du régime en place et à l'organisation du référendum en Crimée. Les exemples les plus significatifs sont cependant ceux dont témoignent les attitudes des Etats et des organisations régionales ou universelles à la suite de coups d'Etat ou d'atteintes à l'ordre constitutionnel. Ils font légion en Afrique notamment, où l'Union Africaine fait désormais de cette question de la légitimité démocratique l'une des pierres angulaires de son droit régional, à l'instar des autres régions du monde. D'ailleurs, l'une des difficultés de mise en œuvre du projet tunisien viendra de sa concordance avec le projet préexistant de l'Union africaine de mise sur pied de la « Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme » (CAJDH) par la fusion de la Cour africaine des Droits de l'Homme et des peuples avec la Cour de Justice de l'UA devant comprendre trois sections, dont notamment une section droits de l'Homme...

* *

*

Il n'y a donc aucun doute quant à la disponibilité de principe des Etats et des institutions internationales à apporter une pierre supplémentaire dans le vaste chantier de l'édification d'un dispositif de plus en plus opérationnel et efficace de contrôle de leurs obligations de faire ou de ne pas faire en matière de gouvernance démocratique et de respect des droits de l'Homme. Le projet tunisien qui n'est plus seulement celui d'un homme, ni celui d'un Etat, présente encore certaines zones d'ombre et imperfections comme, par exemple, en ce qui concerne la nature des sanctions qui résulteraient de la non exécution des décisions de la Cour. Mais sa simplicité dans l'impératif de bonne foi qu'il impose aux Etats dans le respect de leurs obligations internationales essentielles, mais jusqu'ici impunies, devrait pourtant lui assurer tout le succès qu'il mérite amplement, nonobstant sa mouture définitive.

L'EVOLUTION DU DROIT EUROPEEN DU HANDICAP SOUS L'INFLUENCE DE L'ONU : L'ASSIMILATION POSSIBLE ENTRE HANDICAP ET MALADIE¹

Par

Harold Kobina GABA

Maître de conférences HDR de droit privé
à l'Université du Havre

Mots clés : Droit de l'ONU – Droit de l'UE – Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées – Directive 2000/78/CE – Travail– Contrat de travail – Égalité de traitement en matière d'emploi et de travail – Différence de traitement fondée sur le handicap – Notions de handicap et de Maladie – Licenciement – Existence d'un handicap – Absences du salarié en raison de son handicap – Obligation d'aménagement – Travail à temps partiel – Durée du délai de préavis.

Les notions de maladie et de handicap peuvent apparaître a priori antinomiques. La première exprime un processus plus ou moins long d'une affection (organique ou fonctionnelle) dans le temps. En revanche, la seconde est un état ou résultat temporaire ou définitif en termes de désavantage de diverses natures (physique, sociale, économique...).

Mais l'évolution récente de ces deux notions semble prendre une dynamique intéressante en ce sens qu'il existe désormais des rapprochements ou interactions entre celles-ci. La maladie sous certaines conditions peut être assimilée à un handicap.

¹ Cette communication est une reprise des éléments de notre article : La maladie du salarié assimilée à un handicap : régime juridique, pouvoir de l'employeur et office du juge, JSL, n° 347, du 11 juillet 2013, p. 20-24.

En cette matière, le droit du handicap issu du droit de l'ONU qui est en avance sur celui du droit de l'Union européenne, a inspiré et influencé ce dernier.

Cette évolution du droit de l'Union européenne résulte d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) en date du 11 avril 2013², qui pour interpréter la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail³, recourt à la Convention de l'ONU adoptée le 13 décembre 2006, relative aux droits des personnes handicapées⁴, et ratifiée par l'UE⁵.

Par cette décision, la CJUE, d'une part, abandonne sa jurisprudence antérieure au profit d'une nouvelle qui désormais envisage sous certaines conditions une assimilation des notions de handicap et de maladie(I) et, d'autre part, applique cette nouvelle définition aux relations de travail et en particulier à la maladie du salarié (II).

I. DE L'EXCLUSION A L'ASSIMILATION POSSIBLE ENTRE LES NOTIONS DE HANDICAP ET DE MALADIE

D'abord exclue (A), l'assimilation des notions de handicap et de maladie semble désormais possible (B).

A. L'EXCLUSION DE L'ASSIMILATION DES NOTIONS DE HANDICAP ET DE MALADIE

La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, précitée, a pour objet de lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation

² CJUE, 11 avril 2013, Aff. jointes C-335/11 et C-337/11, HK Danmark, agissant pour Jette Ring c/ Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) et HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge c/ Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S (C-337/11).

³ Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303 du 2.12.2000, p. 16-22.

⁴ A. Boujeka, La convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées et son protocole facultatif, RDSS, sept. 2007, 799

⁵ Par décision du 26 nov. 2009, JO 2010, L 23, P. 3, confirmation formelle : 23 déc. 2010 ; France : 18 févr. 2010 (ratification) ; Kazakhstan : 11 déc. 2008 (signature).

sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement.

Cette directive ne définit ni la notion de handicap, ni ne renvoie au droit des États membres pour sa définition.

Mais elle met à la charge des États-membres et des employeurs des obligations en vue d'assurer la pleine égalité dans la vie professionnelle.

Dans ces conditions, en cas de litige, il revient alors à la CJUE d'interpréter cette directive.

Dans le temps, c'était à la Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE) devenue la CJUE, en l'absence de définition légale, de combler ce vide juridique. Elle décidait que « la notion de « handicap » doit être entendue comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » (point 43). Toutefois, selon elle, « en utilisant la notion de "handicap" à l'article 1^{er} de ladite directive, le législateur a délibérément choisi un terme qui diffère de celui de "maladie". Une assimilation pure et simple des deux notions est donc exclue » (point 44)⁶.

B. L'ASSIMILATION POSSIBLE DES NOTIONS DE HANDICAP ET DE MALADIE : L'APPORT DE LA CONVENTION DE L'ONU

Saisie de nouveau pour statuer sur cette notion, la CJUE va cette fois-ci interpréter la directive 2000/78/CE à la lumière de la Convention de l'ONU précitée du 13 décembre 2006 (1). Cette nouvelle définition de la notion de handicap suppose des éléments constitutifs permettant son assimilation à la notion de maladie, à savoir une limitation causée et durable faisant obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs (2).

1. La notion de handicap au sens de la Convention de l'ONU

L'application de la Convention de l'ONU du 13 décembre 2006 réside dans sa prééminence sur les actes de l'Union dès lors que l'Union européenne (UE) a conclu et ratifié un tel accord international⁷.

⁶ CJCE 11 juillet 2006, *Sonia Chacón Navas/Eurest Colectividades SA*, Aff. C-13/05 ; CP n° 55/2006 ; A. Boujeka, La définition du Handicap en droit communautaire, RDSS janv. 2007, p. 75

⁷ Ratifiée par l'UE par décision du 26 nov. 2009, JO 2010, L 23, p. 35.

Cette primauté commande d'interpréter les textes de droit dérivé, dans la mesure du possible, en conformité avec cette convention (Points 28 et 29). Ainsi la directive 2000/78 qui traite des questions régies par cette convention, autonomie et inclusion sociale, travail et emploi, doit donc recevoir, dans la mesure du possible, une interprétation conforme à ladite convention (points 30-32).

Selon cette convention, « la notion de handicap évolue et que le handicap résulte de l'interaction entre des personnes présentant des incapacités et les barrières comportementales et environnementales qui font obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (Préambule, point e). « Par personnes handicapées on entend des personnes qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres » (art. 1^{er}, al. 2).

La CJUE en déduit que « la notion de « handicap » visée par la directive 2000/78 doit être interprétée en ce sens qu'elle inclut un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et que cette limitation est de longue durée. La nature des mesures que doit prendre l'employeur n'est pas déterminante pour considérer que l'état de santé d'une personne relève de cette notion » (point 47).

Cette nouvelle définition se rapproche de celle du droit français issue de l'article 2 de la loi 2005-102 du 11 février 2005⁸ qui dispose qu'un handicap constitue « toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant. »

L'article L. 5213-1 du code du travail français reprend la même définition appliquée au travail salarié : « est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d'obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l'altération d'une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique.

⁸ Codifiée à l'article L. 114 du code de l'action sociale et des familles.

2. Les éléments constitutifs de la notion de handicap

La notion de handicap suppose désormais une limitation causée (a) et durable (b) faisant obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle à égalité avec les autres travailleurs.

a) une limitation causée

Cette limitation résulte notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, ou sensorielles, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs.

Il s'agit d'une définition sociale du handicap qui tire son fondement dans l'interaction de la personne concernée avec son environnement au sens large du terme.

Cette limitation est définie comme une gêne à l'exercice d'une activité professionnelle et non, comme le soutiennent les employeurs, comme une impossibilité d'exercer cette activité. Des lors, la circonstance que la personne concernée ne puisse accomplir son travail que de façon limitée ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance de son état de personne handicapée (points 43 et 44).

La limitation peut aussi avoir pour origine notamment une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable entraînant une telle limitation.

Selon la cour, la directive ne vise pas à couvrir seulement les handicaps de naissance ou d'origine accidentelle en excluant ceux causés par une maladie (point 40).

Mais faute de cette limitation, la maladie est exclue du champ d'application de la directive susvisée (points 41 à 42).

Dans les deux affaires jugées, l'une des salariées (C-335/11) souffre de douleurs permanentes au niveau de la colonne dorsolombaire qui ne peuvent être traitées, tandis que l'autre a été victime d'un accident de la circulation et placée en arrêt maladie (C-337/11).

b) une limitation de longue durée

La limitation doit être de longue durée. Sont donc exclues les atteintes entraînant une limitation de courte durée. On peut remarquer que cette durée n'est précisée ni dans la convention de l'ONU, ni dans la loi française, ni dans l'arrêt.

La loi française parle de limitation « durable ou définitive ». L'adjectif « durable » semble inclure celui de « définitive » puisqu'il s'agit d'une appréciation dans le temps de cette atteinte. Le premier constitue le minimum exigé.

En droit français, cette appréciation sur la base des constatations médicales doit, semble-t-il, relever de l'appréciation des juges du fond sous contrôle de la Cour de cassation car la durée dans ce cas n'est pas seulement une question de pur fait mais aussi une question de droit en tant qu'élément constitutif de la notion de handicap.

Des indications sur cette durée peuvent être relevées dans les deux affaires jugées. L'une des salariées (aff. C-335/11) a été absente à plusieurs reprises entre le 6 juin 2005 et le 24 novembre 2005, soit à peu près cinq mois et demi. Mais il ne s'agit pas d'une durée d'absence continue. L'autre salariée (aff. C-337/11) passe d'une période d'arrêt maladie à temps complet (trois semaines) à un arrêt maladie à temps partiel assorti d'un travail à temps partiel (décembre 2003 à janvier 2005) et à un arrêt maladie à temps complet (janvier 2005 à avril 2005). La durée de la limitation de cette dernière salariée au travail couvre une période d'au moins un an et quatre mois.

L'appréciation du quantum et l'enjeu de cette durée dépendent, comme dans les affaires jugées, des dispositions légales, conventionnelles ou contractuelles applicables prévoyant un maintien de la rémunération du salarié pour une certaine période d'absence : la loi danoise retient 120 jours au cours des douze derniers mois.

Enfin, la CJUE précise à juste titre que **les mesures prises par l'employeur visant à tenir compte des besoins des personnes handicapées (art. 16 de la directive 2000/78), importent peu dans la considération de l'état de santé d'une personne relevant de la notion de handicap**. Elles n'en sont que la conséquence de cette dernière et non l'élément constitutif (points 45 et 46).

II. L'APPLICATION DU PRINCIPE D'ASSIMILATION DES DEUX NOTIONS AUX RELATIONS DE TRAVAIL : LA MALADIE DU SALARIÉ

L'application du principe d'assimilation des deux notions aux relations de travail intéresse notamment deux situations : les obligations patronales en

présence du constat du handicap du salarié malade (A) et le licenciement de ce salarié en raison de ce motif (B).

A. LA CONSTATATION DU HANDICAP DU SALARIE MALADE :
OBLIGATION PATRONALE DE PREVOIR DES AMENAGEMENTS
RAISONNABLES ET MESURE DE REDUCTION DU TEMPS DE
TRAVAIL

Cette obligation patronale est prévue par l'article 5 de cette directive 2000/78 et consiste à prendre des mesures appropriées (liste non exhaustive prévue au considérant 20 de la directive) permettant à la personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser (point 49)⁹.

Mais peut-on assimiler « la réduction du temps de travail » à « l'aménagement raisonnable » au sens de la directive 2000/78 ?

La CJUE y répond par l'affirmative.

Bien que relevant que la « réduction du temps de travail » ne soit pas mentionnée par l'article 5 de la présente directive, la cour décide toutefois d'interpréter cette notion à la lumière de celle de « **rythme de travail** » visé par le considérant 20. Aussi estime-t-elle que le législateur de l'Union n'entend pas limiter la notion de « rythme de travail » à des éléments tels que l'organisation du rythme et des cadences de travail ainsi que des pauses pour fins de soulager la charge du travailleur handicapé. **La notion peut inclure l'aménagement des horaires permettant au travailleur handicapé d'effectuer leur travail à temps partiel** (points 50 à 52).

S'appuyant sur la convention de l'ONU dont l'article 2, al. 4, définit la notion d'« aménagements raisonnables » comme des « modifications et ajustements nécessaires et appropriées » « en fonction des besoins dans une situation donnée », la cour en déduit que **la présente convention préconise une définition large de la notion d'« aménagements raisonnables » qui doit viser l'élimination des diverses barrières qui entravent la pleine et effective participation des personnes handicapées à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs** (points 53 et 54). En conséquence, **la réduction du temps de travail peut constituer l'une des**

⁹ Le code du travail français prévoit la même obligation : l'employeur doit prendre, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs handicapés et autres d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Tout travailleur handicapé peut bénéficier d'une réadaptation, d'une rééducation ou d'une formation professionnelle (combinaison des art. L. 5213-3, L. 5213-6 et L. 5212-13, 1° à 4° et 9° à 11° c/ trav. français). Sur la compétence des médecins du travail : art. L. 4624-1 et s. c/ trav. français.

mesures d'aménagement visées par l'article 5 de la directive 2000/78 (point 64).

Cependant, le caractère raisonnable des aménagements réside dans le fait que ces derniers ne doivent pas constituer une charge disproportionnée pour l'employeur¹⁰.

La proportionnalité entre la mesure de réduction du temps de travail et la charge de l'employeur est laissée à l'appréciation du juge national. Il est toutefois suggéré à cet égard des critères d'appréciation prévus par le considérant 21 de la directive : coûts financiers et autres qu'une telle mesure implique, la taille et ressources financières de l'entreprise, possibilités d'obtenir des fonds publics ou tout autre aide¹¹.

Ainsi, elle relève, dans l'affaire C-335/11, que l'employeur, immédiatement après le licenciement de la salariée, avait publié une annonce d'offre d'emploi pour un(e) employé la salariée(e) de bureau à temps partiel. Or, aucun élément ne permet d'établir que cette salariée était incapable d'occuper ce poste ou de comprendre les raisons justifiant qu'il ne lui a pas été proposé d'autant plus qu'elle a commencé tout juste après son licenciement un nouveau travail à temps partiel.

B. LE LICENCIEMENT AVEC UN PREAVIS REDUIT POUR ABSENCE DUE A LA MALADIE DU SALARIE HANDICAPE : POUVOIR DE L'EMPLOYEUR ET OFFICE DU JUGE

Deux questions sont soulevées à propos des conséquences juridiques du handicap du salarié malade notamment au regard de sa place dans l'entreprise. Lorsque son licenciement est envisagé, de quels droits disposent l'employeur et le salarié ?

La CJUE répond logiquement que l'employeur ne peut valablement rompre le contrat de travail avec un préavis réduit¹² d'un salarié handicapé à la suite d'une absence pour cause de maladie imputable à la carence de l'employeur, à l'instar de son obligation de sécurité de résultat, de prendre des mesures appropriées conformément à son obligation de prévoir des aménagements raisonnables, et non en tout ou partie au handicap du salarié ((points 65 à 68 et 70). Un tel licenciement sera sans cause réelle et sérieuse

¹⁰ Même limite posée par l'art. L. 5213-6 c/ trav. français.

¹¹ Les droits danois (aff. C-335/11 préc., points 58 à 63) et français (art. L. 5213-10 c/ trav.) prévoient un tel dispositif d'aides publiques.

¹² En droit français, en cas de licenciement d'une personne handicapée, la durée de préavis applicable aux travailleurs valides, est doublée, sauf dispositions conventionnelles ou usages plus favorables, selon l'ancienneté dans l'entreprise sans toutefois aller au-delà de trois mois (art. L. 1234-1 et L. 5213-9 du code du travail).

sauf si ces aménagements raisonnables constituent une charge disproportionnée pour l'employeur.

Le licenciement avec préavis réduit du salarié handicapé pour cause d'absence due à sa maladie imputable en tout ou partie de son handicap est-il discriminatoire ?

Pour répondre à cette question, la cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle **un traitement désavantageux fondé sur le handicap ne va à l'encontre de la protection visée par la directive 2000/78 que pour autant qu'il constitue une discrimination au sens de l'article 2, paragraphe 1, de celle-ci**¹³. En effet, La directive 2000/78 prohibe la discrimination directe ou indirecte fondée sur un handicap, en matière d'emploi et de travail.

L'absence d'une discrimination directe induit la question de l'existence d'une différence de traitement indirectement fondée sur le handicap.

Cependant, une différence de traitement indirectement fondé sur le handicap au sens la directive 2000/78 (points 75 à 76) est objectivement justifiée par un objectif légitime, si les moyens mis en œuvre pour réaliser celui-ci sont appropriés et s'ils n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier.

La cour décide qu'en considération de la marge d'appréciation reconnue aux États membres dans le choix de la poursuite d'un objectif déterminé en matière de politique sociale et de l'emploi, et également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser, il incombe à la juridiction de renvoi d'examiner si le législateur national, en poursuivant les objectifs légitimes de la promotion de l'embauche des personnes malades, d'une part, et d'un équilibre raisonnable entre les intérêts opposés de l'employé et de l'employeur en ce qui concerne les absences pour cause de maladie, d'autre part, a omis de tenir compte des éléments pertinents qui concernent, en particulier, les travailleurs handicapés (nécessité de pas méconnaître le risque encouru par ces derniers qui rencontrent en général davantage de difficultés que les travailleurs valides pour réintégrer le marché de l'emploi et ont des besoins spécifiques liés à la protection que requiert leur état) (points 77 à 91).

En droit français, la Cour de cassation pose le principe suivant lequel si l'article L. 1132-1 du code du travail ne s'oppose pas au licenciement motivé, non par l'état de santé du salarié, mais par la situation objective de l'entreprise dont le fonctionnement est perturbé par l'absence prolongée ou les absences répétées du salarié, celui-ci ne peut toutefois être licencié que si ces

¹³ CJCE 11 juillet 2006, *Aff. C-13/05*, préc., point 48.

perturbations entraînent la nécessité pour l'employeur de procéder à son remplacement définitif par l'engagement d'un autre salarié¹⁴.

Certes, le motif de ce licenciement n'est pas fondé sur l'état de santé ou le handicap du salarié. Mais dès lors que le salarié malade est aussi handicapé, les règles susvisées doivent recevoir application.

En outre, le motif de ce licenciement peut constituer un motif d'une discrimination indirecte¹⁵. En tout état de cause, il n'est pas aisé de distinguer entre le motif apparent et neutre tiré de la perturbation dans le fonctionnement de l'entreprise et l'état de santé du salarié.

* *
*
*

En conclusion, cet arrêt apporte d'importants bouleversements en droit positif et aussi son lot de questions.

¹⁴ Not. : Cass. ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-43.334, Bull., ass. plén, n° 3 ; Sur cette jurisprudence : cf. nos notes sous Cass. soc., 3 mars 2001, D. 2001, n° 29, Jur. p. 2339-2342 ; et sous Cass. soc., 14 nov. 2004, 2 arrêts, D. 2005, n° 11, Jur., p. 765-768.

¹⁵ Pour des cas jugés comme tels : Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27.689, Bull., n° 36 : employeur ayant mis en œuvre une méthode dite de « sensibilisation aux enjeux de désorganisation de la production » et procédant dans ce cadre à des entretiens « retour d'absence » quels que soient la durée et le motif de l'absence, y compris en cas de maladie ou d'accident du travail, au cours desquels étaient évoquées les perturbations de l'organisation de l'entreprise résultant de l'absence ; 30 mars 2011, n° 09-71.542, Bull., n° 81 : changement d'affectation du salarié motivée non par une mobilité fonctionnelle dont il n'est pas établi qu'elle ait revêtu un caractère discriminant, mais en raison de l'état de santé de l'intéressé.

LA PROTECTION DE L'USAGE DE L'EAU TRANSFRONTALIÈRE PAR LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT EN ASIE CENTRALE¹

Par
K. J. ALTAEVA
Docteur en droit
Maître assistant en droit international
à l'Université al-Farabi

Mots clés : Droit international économique – droit international écologique – Eau transfrontalière – Accords régionaux – Souveraineté des États – Principe de prévention – Principe de précaution - GIRE.

Le constat formulé par Ian Brownlie en 1975² conserve encore toute son actualité : le droit international n'offre toujours pas une protection pleinement efficace de l'environnement.

Ce constat se vérifie notamment en ce qui concerne l'exploitation de l'eau potable. Ce bien fondamental de l'humanité est en effet menacé à la fois par l'expansion de la demande, résultant de l'accroissement démographique, de l'urbanisation et de l'industrialisation, et par les pollutions et les conséquences du changement climatique. Ce qui crée une interdépendance hydrologique

¹ Sur ce sujet, v. Rysbekov J. K., *Les ressources transfrontières d'eau de l'Asie centrale: les aspects politiques et juridiques pour une utilisation sans conflit*, <http://www.cawater-info.net/reta/documents/pdf/rysbekov280405.pdf>; Boyarkina O. A., *Le problème de la gestion des ressources d'eau dans la région de l'Asie centrale*, http://www.fsdejournal.ru/pdf-files/2010_3/Boyarkina-2011-3-2.pdf; Mansourov U. A., *Les ressources d'eau énergétiques et le droit international*, <http://gazeta-bip.net/problems/648-2010-09-08-09-38-16>; Makhanbayev S. D., *Le réglage international de la coopération juridique des États dans l'utilisation des ressources transfrontières d'eau dans la région de l'Asie centrale*, Thèse de doctorat, <http://www.dissercat.com/content/mezhdunarodno-pravovoe-regulirovanie-sotrudnichestva-gosudarstv-po-ispolzovaniyu-transgranic>.

² « A Survey of International customary rules of environmental Protection », *Natural resources journal* 1973. 179.

entre les États transfrontaliers qui se partagent la ressource, source de conflit comme le montre le cas de l'Asie centrale.

Pour son approvisionnement en eau, cette dernière dépend en effet essentiellement de l'Amou-Daria et du Syr-Daria, des fleuves issus des glaciers situés dans les montagnes du Kirghizstan et du Tadjikistan. Or des tensions existent entre les pays en amont de ces fleuves (Tadjikistan et Kirghizstan...), producteurs d'électricité, et les pays d'aval (Ouzbékistan et Turkménistan), principalement agricoles.

Face à cette situation, les impasses actuelles du droit international public (I), rendent urgentes des évolutions au niveau régional (II).

I. LES IMPASSES ACTUELLES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

La Résolution 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 de l'Assemblée générale de l'ONU a affirmé le principe de « souveraineté permanente (de l'État) sur les ressources naturelles ». Or cette déclaration a conduit les États d'amont comme d'aval des sources d'eau transfrontalières à se prévaloir d'une conception absolutiste de la souveraineté, favorable à leurs intérêts propres.

Les premiers affirment en effet généralement leur compétence illimitée pour définir leur politique de gestion des eaux, en refusant aux États d'aval le droit de contester leur décision en la matière. C'est ce qu'on appelle « la doctrine Harmon » du nom du Procureur général américain, Judson Harmon qui, le premier, défendit cette thèse en 1895, à l'occasion d'un litige transfrontalier opposant le Mexique aux États-Unis à propos de l'utilisation des eaux du Rio Grande.

A l'inverse, les États d'aval se prévalent de la théorie de « l'intégrité territoriale absolue » qui n'est en réalité que l'opposé de la précédente. Car elle consiste à leur reconnaître un pouvoir discrétionnaire pour disposer du fleuve à leur convenance au détriment des États d'amont, obligés de recueillir leur autorisation préalablement à toute utilisation de la ressource. L'Espagne avait défendu cette théorie devant un tribunal arbitral dans *l'affaire du lac Lanoux* du 16 novembre 1957, à propos d'un différend qui l'opposait à la France.

Sans surprise, les États d'amont d'Asie centrale (le Tadjikistan et le Kirghizstan) invoquent la « doctrine Harmon » tandis que les pays d'aval (l'Ouzbékistan notamment) se prévalent au contraire de la théorie de « l'intégrité territoriale absolue ».

Plusieurs décisions arbitrales, à l'image de celle rendue dans l'affaire de 1957, ont pourtant rejeté ces thèses tout comme les deux conventions internationales désormais applicables à la matière : la Convention d'Helsinki du 18 mai 1992, sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières

et des lacs internationaux, élaborée par la Commission économique pour l'Europe ; et la Convention cadre de New York du 21 mai 1997, sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, élaborée par l'Assemblée générale de l'ONU.

Ces deux textes se distinguent par leur objet (puisque le premier vise à prévenir la pollution des eaux tandis que la deuxième vise plus généralement, comme son nom l'indique, à réglementer l'usage des cours d'eau en dehors des problèmes posés par la navigation) ainsi que par leurs modalités (puisque la convention de 1997 repose sur une démarche intergouvernementale classique alors que celle de 1997 repose sur une démarche plus intégrée, passant par la mise en place d'organes communs). Mais tous deux ont en commun d'offrir un cadre juridique permettant de régler les conflits transfrontaliers liés à l'usage de l'eau, en affirmant la solidarité entre États pour gérer les ressources partagées. Depuis le 6 février 2013, la Convention de 1992 a en outre une portée aussi large que celle de 1997 puisque son adhésion n'est plus limitée aux pays membres de la CEE ou de l'ONU.

Certes l'état de leur ratification ne permet pas à ce jour d'en faire un moyen efficace de règlement des conflits en Asie centrale, dès lors que celle de 1992 n'a été ratifiée que par le Turkménistan et l'Ouzbékistan et celle de 1997 par le seul Ouzbékistan. Mais leur entrée en vigueur (respectivement depuis le 6 octobre 1996 et le 17 août 2014) offre toutefois des perspectives importantes d'évolution.

II. LES EVOLUTIONS SOUHAITABLES DU DROIT REGIONAL CENTRAL-ASIATIQUE

Il serait prioritairement souhaitable que les Etats d'Asie centrale adhèrent tous à la convention de 1992 pour surmonter leurs différents liés à l'usage de l'eau transfrontalière. En effet, celle de 1997 souffre de son caractère finalement peu contraignant. D'une part, elle ne les astreint qu'à des obligations vagues et imprécises, comme celle de ne pas porter d'atteinte « significative » à l'usage de l'eau. D'autre part, sa violation n'est pas juridiquement sanctionnée par un organe dédié de règlement des conflits.

En comparaison celle de 1992 apparaît de nature à assurer une plus grande solidarité des Etats en la matière pour trois raisons.

En premier lieu, parce qu'elle est fondée sur des principes plus clairs. Fort de cette idée que l'eau n'est qu'un élément d'un écosystème plus vaste, elle met en effet un certain nombre d'obligations à la charge des Etats.

Certaines ont une portée générale et tendent à les contraindre à respecter les cinq principes fondateurs du droit international de l'environnement, à savoir les principes 1°) de précaution (implique que les mesures destinées à

éviter le rejet de substances dangereuses ne doivent pas être différées, malgré l'absence d'un lien de causalité avéré entre les substances et l'impact transfrontière); 2°) du « pollueur-payeur » (qui met à la charge du pollueur les coûts des mesures de préservation ou de lutte contre la pollution); 3°) de prévention (qui impose de réaliser des évaluations de l'impact sur l'environnement et l'utilisation des meilleures technologies disponibles nécessaires à une gestion respectueuse de l'environnement); 4°) de lutte contre la pollution ainsi que 5°) de développement durable (qui impose de veiller à ce que la gestion des ressources en eau réponde aux besoins des générations actuelles sans compromettre ceux des générations). Le respect de ces principes doit notamment conduire les Etats à procéder à une gestion intégrée des ressources en eau (GIRE), c'est-à-dire à assurer une gestion coordonnée de l'eau, tendant à maximiser le bien être économique et social, sans compromettre la durabilité d'écosystèmes vitaux.

D'autres obligations concernent plus spécifiquement les États riverains. Ces derniers sont en effet incités à conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux ou d'autres arrangements, permettant la mise en œuvre de politiques ou de stratégies harmonisées de surveillance des eaux transfrontières.

En deuxième lieu, l'efficacité de la convention de 1992 tient à la mise en place d'organes communs. Entendus d'après son article 1^{er} comme toute commission bilatérale ou multilatérale ou autre mécanisme institutionnel approprié de coopération entre les parties riveraines, leur existence vise à éliminer toute contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention en permettant la réunion des informations sur les pollutions, en facilitant la mise en œuvre des programmes d'actions concertés et en contribuant à l'élaboration de plans intégrés de gestion et d'utilisation rationnelle des ressources en eau transfrontières.

Enfin, l'intérêt de la convention de 1992 tient au soutien logistique qu'elle offre aux Etats au travers du service consultatif qu'elle met en place. Ce dernier a en effet fait la preuve de son efficacité au travers des nombreux accords bilatéraux ou multilatéraux et organes communs à la mise en place desquels il a été associé dans les vingt années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la convention. On peut citer à titre d'exemple la convention sur la protection du Danube de 1994, les accords sur le lac Peïpous et sur la Sava, la Meuse, le Rhin, l'Escaut, les accords bilatéraux russo-kazakhs et russo-ukrainiens, les accords entre la Moldavie et l'Ukraine ou encore, concernant l'Asie centrale, l'accord de 2000 entre le Kazakhstan et le Kirghizstan, concernant l'utilisation des mécanismes de gestion de l'eau sur le Chu-Talas.

* *

*

En conclusion, les tensions qui existent en Asie centrale dans l'usage de l'eau transfrontière tiennent autant à l'attitude des Etats d'aval (l'Ouzbékistan et Turkménistan) qui invoquent le droit international écologique pour exiger la fin des pollutions que des Etats d'amont (le Tadjikistan et le Kirghizstan) qui se prévalent au contraire du droit international économique pour revendiquer leur droit au développement et justifier la poursuite des nuisances liées à leur industrialisation.

La ratification par tous les protagonistes de la Convention du 18 mai 1992, sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, pourrait permettre de surmonter ces oppositions, en servant de cadre à la conclusion d'accords régionaux, fondés sur les principes de base du droit international de l'environnement, et dont l'efficacité serait assurée par la mise en place d'un certain nombre d'organes communs.

LES CELLULES SOUCHES ET LE DROIT¹

Par
S. M. SYLKINA
Maître de conférences
à l'Université d'Al Faraby

Mots clés : Cellules souches – Statut juridique de l'embryon – Droit international – Droit interne – Droit à la vie – Droit au respect de la dignité humaine.

Les cellules souches ont la capacité à la fois de s'auto-renouveler et de donner naissance aux cellules spécialisées des différents tissus et organes du corps humain. De ce fait, elles ont la propriété de réparer toutes lésions osseuses, musculaires, organiques ou nerveuses l'affectant. C'est pourquoi leur utilisation ouvre des perspectives médicales prometteuses dans le traitement de nombreuses maladies.

Il existe plusieurs moyens d'obtenir des cellules souches : on peut les extraire de la moelle osseuse d'une personne adulte ; les produire à partir du sang du cordon ombilical recueilli juste après la naissance ou du placenta humain ou encore à partir d'un fœtus avorté de 9 à 12 semaines ou de cellules souches embryonnaires formées au 5^e ou 6^e jour de la fécondation.

Si cette dernière source est la plus fréquemment utilisée, aucune de ces techniques n'est aujourd'hui pleinement maîtrisée. La découverte des cellules souches constitue pour cette raison un défi commun (I), face auquel les Etats apportent pour le moment une réponse différenciée, malgré certaines avancées du droit international public (II).

I. UN DEFI COMMUN

¹ Sur ces questions, v. O. A. Hazova, « Les aspects juridiques de l'utilisation des cellules souches » ; *Cellules souches : la législation, la recherche et l'innovation. Les perspectives internationales de coopération*, Thèse, Moscou 2007 ; L. F. Kourilo P.A. Borkina, et E. M., « L'étude sociologique sur les problèmes éthiques et juridiques des technologies biomédicales » in *Problèmes de reproduction*, t. 7, 2001, n° 6, p. 22-26.

L'utilisation des cellules souches constitue un défi commun, dès lors qu'elle pose un certain nombre de problèmes.

Outre les inégalités entre les pays ou les patients liées à leur coût de production, ceux-ci tiennent aux défis moraux ou éthiques posés par leur instrumentalisation. Non seulement, en effet, il existe des preuves médicales de transformations des cellules souches en cellules cancéreuses, de rejet des greffes ou de contamination des patients par des virus comme ceux du Sida ou de l'Hépatite – de sorte que leur administration aux patients peut s'avérer totalement contreproductive – ; mais le processus d'obtention des cellules souches comporte en lui un risque de « marchandisation » du corps humain du fait du prix que chacun est prêt à déboursier pour sa santé. A cela s'ajoute que l'utilisation d'un fœtus pour les obtenir, particulièrement tentante dès lors qu'il a une propriété universelle unique réduisant les risques de rejet, pose des difficultés au regard du droit de chacun à la vie ou de l'interdiction de principe des expérimentations sur l'homme.

Certes l'embryon n'est généralement considéré en droit que comme une personne humaine en devenir à qui on dénie la personnalité juridique, conformément à ce qu'enseignent l'Islam et le Judaïsme par exemple. Mais d'autres religions contestent cette analyse comme le bouddhisme ou le catholicisme, en voyant dans l'embryon une personne humaine à part entière dès sa conception. De sorte que du point de vue moral, sinon éthique, attenter à son intégrité peut revenir à nier son droit à la vie. Suivant cette même logique, l'exploitation à des fins scientifiques des embryons surnuméraires non utilisés dans le cadre des procédures de procréation médicalement assistée peut revenir à autoriser des expériences sur les êtres humains.

Si ces considérations conduisent nombre de représentants religieux à appeler à une qualification pénale des atteintes portées à l'embryon, ces prises de positions obligent la doctrine juridique et les autorités normatives à s'interroger : les manipulations sur l'embryon conduisant à sa destruction sont-elles admissibles? Si on estime que non, le moment de la conception est-il un commencement de la vie humaine? Faut-il dès lors reconnaître la personnalité juridique à l'embryon dès le moment de sa conception? Si on estime que oui, pour quelle(s) finalité(s) un embryon humain peut-il être utilisé? Le progrès de la médecine peut-il véritablement justifier de détruire ou d'expérimenter au détriment de la vie humaine ?

Il serait souhaitable que ces problématiques communes fassent l'objet d'une solution uniforme. Mais les Etats tendent à y apporter des réponses différenciées, malgré certaines avancées du droit international public.

II. DES REPONSES DIFFERENCIEES

Un certain nombre d'instruments internationaux ont été élaborés pour encadrer l'utilisation des cellules souches dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine et des droits et libertés de l'homme. Certains n'ont aucune force contraignante, comme la Déclaration d'Helsinki de l'Association médicale mondiale de 1964 (modifiée en 2004) et les deux déclarations de l'UNESCO en date de 1997 et 2005 et portant, respectivement, sur le génome humain et les droits de l'homme et la bioéthique et les droits de l'homme. D'autres, instruments sont au contraire de véritables traités internationaux, comme la Convention d'Oviedo sur les droits de l'homme et la bio-médecine du 4 avril 1997 et ses protocoles additionnels (dont celui de 1998 sur l'interdiction du clonage d'êtres humains et celui de 2005 relatif à la recherche biomédicale, sous-entendue sur les fœtus et les embryons *in vivo*). Tous ces textes posent les mêmes principes fondamentaux : l'évaluation de la faisabilité des recherches, leur autorisation et leur examen du point de vue éthique par une autorité compétente indépendante ; l'obligation d'obtenir le consentement éclairé de la personne dont les matières biologiques seront utilisées dans un but scientifique ; l'interdiction de tirer un profit financier pour les donateurs de cellules souches ; la confidentialité des données recueillies et la transparence des résultats de la recherche. L'article 8 de la Convention d'Oviedo interdit en outre la création d'embryons humains aux seules fins de recherche pendant que son article 18 exige la protection juridique par le droit des embryons humains surnuméraire exploités à de telles fins.

Mais ces principes ne sont pas toujours respectés par les Etats qui apportent en pratique des réponses différenciées et parfois même diamétralement opposées à ces questions, notamment en ce qui concerne l'utilisation des cellules souches embryonnaires. La création d'embryons à des fins de recherche n'est ainsi pas interdite au Canada, au Royaume-Uni et en Australie bien que les textes de droit interne encadrent leur utilisation. En France, la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 avait posé le principe de l'interdiction assorti de dérogations des recherches sur les embryons surnuméraires avant que la loi n° 2013-715 du 6 août 2013 ne renverse la solution en autorisant par principe de telles recherches, mais sous certaines conditions (autorisation de la recherche par une autorité indépendante ; consentement écrit et préalable du couple géniteur ; pertinence de la recherche justifiée par une finalité médicale, par l'absence de procédé alternatif et conforme aux principes éthiques). Aux États-Unis, il est interdit d'utiliser des fonds fédéraux pour financer ces recherches, mais les entreprises privées sont libres de les mener. Au Kazakhstan, le Code de la Santé du 18 septembre 2009 (dans sa version consolidée au 13 janvier 2014)² n'encadre pas précisément les

² Consultable à l'adresse : www.online.zakon.kz/ContentPages/ТопДок...копия.

conditions d'utilisation des cellules souches. D'une part, aucune définition générale n'en est donnée, l'article 1^{er} se contentant de définir les « cellules souches hématopoïétiques » en les présentant comme celles de « la moelle osseuse humaine ayant la capacité de différenciation ». D'autre part, le statut juridique de l'embryon n'a pas été précisé. Tout au plus les articles 169 et 99 interdisent-il le clonage humain en même temps que l'utilisation de tissus, organes, parties d'organes et de l'embryon « à des fins commerciales » et, s'agissant de l'embryon, « militaires et industriels ».

* *

*

En conclusion, le Kazakhstan devrait sans attendre préciser les règles relatives aux conditions de prélèvement et de conservation des embryons, aux limites assignées aux recherches scientifiques, aux modalités de leur encadrement ainsi qu'aux éventuelles sanctions devant être prises lorsque les embryons sont utilisés à des fins commerciales, industrielles ou militaires.

A terme, les défis que constituent de telles recherches pour la communauté internationale rendent nécessaire une clarification et une harmonisation du cadre juridique des cellules souches au niveau mondial, afin de créer de véritables standards quant à leur utilisation.

LES SOLUTIONS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE DANS LES REGLEMENTS DE L'UNION EUROPEENNE PROPOS INTRODUCTIFS

Par
Béatrice BOURDELOIS
Directrice du LexFEIM
Professeure agrégée des Facultés de droit
à l'Université du Havre

Mots clés : Droit international privé – Conflits de lois – Traité d'Amsterdam – Règlement « Rome » (I, II et III) – Méthode conflictuelle – Méthode bilatérale – Critères de rattachement.

La problématique du droit international privé s'intéresse au règlement juridique des situations privées qui présentent un caractère international parce qu'elles ne sont pas entièrement localisées sur un seul territoire, soit par la nationalité ou le domicile de l'une des parties, soit par le lieu d'exécution des prestations par exemple. Ce caractère international justifie que l'on s'interroge sur la légitimité de l'application par le juge saisi de sa propre loi (système de la *lex fori*) au détriment des lois des autres pays avec lesquels la situation a aussi des contacts.

Cette préoccupation a conduit à édicter un ensemble de règles pour arbitrer ce conflit de lois. Schématiquement, l'alternative est, suivant le cas de figure, soit de désigner la loi qui apparaît la plus appropriée pour résoudre le litige, soit de forger une règle de fond propre aux relations internationales.

La recherche d'un traitement adéquat à une relation de droit privé, qu'elle mette en cause des rapports de famille, de propriété ou d'affaires, existe depuis fort longtemps. Les premiers travaux notables de théoriciens sont apparus au XIII^e siècle avec la doctrine italienne dite des statuts (au sens de lois), pour régler les conflits qui surgissaient entre les différents codes édictés par les villes indépendantes de la péninsule.

En France, on peut dater du XVI^e siècle l'émergence d'une véritable théorie des conflits de lois qui concernait en réalité des conflits de coutumes (chaque région ayant la sienne propre).

Mais c'est au XIX^e siècle qu'émerge la théorie moderne du droit international privé. En droit français, les solutions ont été fixées par la jurisprudence, le législateur n'étant intervenu que très tardivement (les premières lois remarquables sont de 1972 et 1975). A cette source prétorienne, il faut adjoindre, mais dans une faible mesure, celle issue des conventions internationales, spécifiquement celles provenant de la Conférence de La Haye qui ont pris de l'importance à partir de la moitié du XX^e siècle. Globalement et jusqu'à une époque récente, les solutions de droit international privé étaient donc données avant tout par la Cour de cassation et, ponctuellement, soit par une convention de La Haye, soit par le législateur.

Puis, en application de l'article 220 du Traité de Rome ayant institué le Marché commun, ont été adoptées des conventions importantes, dont celle dite Bruxelles I du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et la reconnaissance des jugements en matière civile et commerciale dans le marché commun et celle plus tardive du 11 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dite convention de Rome). Ces conventions, non ouvertes aux Etats tiers mais applicables dès qu'un juge d'un Etat membre était saisi, étaient de véritables conventions internationales, négociées entre Etats membres, ce qui supposait une ratification dans chaque Etat membre pour y entrer en vigueur, ce qui emportait quelques difficultés de droit transitoire.

Cette configuration a été bouleversée à la suite des modifications structurelles des institutions européennes qui ont vu leur pouvoir de légiférer sensiblement accru. Le grand pas a été franchi avec le Traité d'Amsterdam de 1997 (TCE) qui, pour mettre en œuvre la politique de coopération judiciaire en matière civile affirmée comme un objectif européen dès 1992 par le Traité de Maastricht, a fait basculer le pouvoir de régler les conflits de juridictions et de lois dans les prérogatives des institutions européennes. On a abouti à une « communautarisation » de la coopération judiciaire en matière civile emportant l'édiction de règlements en droit international privé, soit par reprise de conventions préexistantes devenant ainsi des règlements (ce qui fut le cas pour les deux conventions en matière de compétence juridictionnelle Bruxelles I et Bruxelles II et pour la convention de Rome), soit en adoptant d'emblée, sous cette forme, de nouvelles réglementations (en matière de titre exécutoire, d'injonction de payer, d'obligations alimentaires, de divorce, de successions internationales par exemple).

Il convient de souligner que le Danemark a voulu rester en dehors de ce transfert de pouvoir et qu'en conséquence les règlements susvisés, qui concernent par principe tous les Etats membres de l'Union européenne (excepté celui sur le divorce qui est d'un domaine géographiquement plus restreint que les autres), ne s'appliquent cependant pas dans ce pays.

Cette évolution a suscité une vive polémique tournant autour de la légitimité des institutions européennes à intervenir de la sorte. L'objectif affirmé d'une recherche d'une compatibilité des règles applicables dans les Etats membres n'imposait peut-être pas une unification pure et simple de ces règles par voie réglementaire. Mais relevons, à l'avantage de cette « réglementarisation » des règles de droit international privé, une plus grande accessibilité à la connaissance de celles-ci dans tous les Etats de l'Union européenne pour les matières traitées par les règlements et une simplification des questions de droit transitoire pour leur date d'entrée en vigueur puisqu'elle est la même pour tous.

Le présent propos sera axé sur les règles de conflit de lois (problème de la détermination de la loi applicable au litige), celles concernant les conflits de juridictions faisant l'objet de l'autre communication. Les règlements de référence pour cette communication sont : le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles - dit Rome II -, le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles -dit Rome I -, le règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations, le règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps – dit Rome III - et le règlement (UE) n° 2009/0157 en matière de successions internationales.

Pour tracer les grandes lignes des solutions adoptées dans ces nouveaux règlements, on abordera deux questions, à savoir le choix de la méthode (I) et les critères retenus (II).

I. LE CHOIX DE LA METHODE DANS LES SOLUTIONS EUROPEENNES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

L'éventail des méthodes de solution de conflit de lois tourne autour de deux voies possibles :

- soit on arbitre, par une règle construite *ad hoc*, le conflit en donnant la préférence à l'un d'entre eux ;
- soit on élabore une règle de fond spécifique aux relations internationales.

La tradition privilégiait sensiblement la première position en raison de la grande difficulté à mettre d'accord un ensemble d'États sur des traitements identiques des litiges au fond. La difficulté perdure même au sein de l'Union européenne et en dépit de l'effort d'harmonisation du droit privé entre États membres. De la sorte, les règles matérielles de droit international, confinées essentiellement au domaine du commerce international, sont prises dans le cadre de conventions internationales non européennes, émanant plutôt de la CNUCI – organisation des Nations Unies pour le développement du commerce international –, telles la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ou les deux conventions d'Ottawa du 11 mai 1988 sur le crédit-bail international et sur l'affacturage international.

C'est donc la méthode conflictuelle qui domine pour l'instant encore les solutions européennes de droit international privé et, spécialement, celle bilatérale.

A. L'ALTERNATIVE POSEE PAR LA METHODE CONFLICTUELLE

Rappelons que la méthode conflictuelle englobe en réalité deux sous-catégories : le bilatéralisme et l'unilatéralisme.

La première repose sur l'enseignement de Savigny (théoricien allemand du XIXe siècle). Elle consiste à élaborer pour chaque catégorie juridique une règle de conflit qui permet de désigner, parmi les systèmes juridiques en concurrence parce que tous impliqués par la relation litigieuse, celui qui régira celle-ci. Pour chacune d'entre elles, on s'interroge sur le critère pertinent de rattachement pour désigner le système juridique qui est le plus approprié.

Prenons un exemple très simple : pour ce qui est des questions de capacité générale d'une personne (catégorie juridique), la règle de conflit a retenu comme critère pertinent la nationalité de cette dernière de sorte que si un problème est soulevé quant à la capacité d'une personne on devra appliquer le système juridique du pays dont elle a la nationalité.

Cette méthode a les grandes faveurs de la doctrine car elle est la mieux à même d'assurer une égalité de « chance » entre les différents systèmes juridiques en concurrence.

L'unilatéralisme, quant à lui, suppose qu'on se contente de définir le champ d'application de son propre système juridique, laissant aux autres États le soin de faire la même chose s'agissant du leur. Il repose sur des préoccupations différentes tenant à la fois au respect de la souveraineté étrangère (ne pas appliquer une loi que le législateur qui l'a édictée ne considère pas comme compétente), sur l'efficacité accrue des décisions (puisque fondées sur une loi qui a affirmée elle-même sa compétence) et sur la

volonté aussi de faire prévaloir certaines politiques juridiques en leur réservant le cas échéant un domaine élargi d'application. Le législateur français a ainsi usé de cette méthode lors de la grande réforme sur le divorce en 1975, qui a introduit le divorce par consentement mutuel, pour permettre à tous les époux résidant en France de pouvoir divorcer en application de la nouvelle loi française. Il a récidivé, pour d'autres motifs, en 2001, avec la loi sur l'adoption en imposant à toute adoption prononcée sur le fondement d'une loi étrangère les effets prévus par la loi française, ceci afin de faciliter le travail des autorités qui seront saisies des conséquences de cette filiation.

B. LA PREDILECTION POUR LA METHODE BILATERALE

On a beaucoup craint pendant un temps une volonté de faire prévaloir les vues de l'ordre juridique de l'Union européenne sur tout autre système juridique, que ce soit celui d'un pays tiers ou même celui d'un Etat membre dont le droit présenterait des spécificités dérogatoires. On pouvait redouter en conséquence que l'unilatéralisme ne soit la méthode privilégiée des institutions européennes afin d'assurer le plus grand rayonnement possible tant aux règlements européens qu'aux lois des Etats membres elles-mêmes harmonisées sur le fond par le biais de directives.

Or il n'en est rien.

Certes, parfois un sort particulier est réservé à celles-ci en ce qu'à leur encontre, on admettra plus difficilement leur mise à l'écart. Prenons pour exemple le règlement Rome III sur le divorce. Alors que l'article 8 prévoit la substitution à la loi normalement compétente celle de la loi du juge saisi (loi du for) - qui est par hypothèse un juge d'un Etat participant - lorsque cette loi ne prévoit pas le divorce, l'article 13 précise néanmoins que les juridictions d'un Etat participant dont la loi ne connaît pas le divorce ne seront pas obligées de le prononcer par application de la loi compétente. La loi d'un Etat tiers qui interdit le divorce sera donc écartée, celle de même contenu émanant d'un Etat participant sera appliquée pour peu que le juge saisi soit du pays qui l'édicte.

Hormis quelques spécificités, il ressort de tous les règlements qui servent de support à cette étude que la détermination de la loi applicable repose sur des règles de conflit bilatérales, démontrant ainsi un classicisme dans le choix de la méthode.

Cela n'empêche pas quelques subtilités qu'un non spécialiste a beaucoup de mal à mettre en œuvre. Ainsi, dans les rapports entre un professionnel et un consommateur, l'article 6 du Règlement Rome I sur les obligations contractuelles limite les effets de la loi choisie par les parties (en réalité imposée par le professionnel) à ceux qui sont au moins aussi protecteurs du

consommateur que ceux résultant de la loi qui aurait été applicable à défaut de choix (en principe celle du pays de la résidence du consommateur). On se trouve alors face à une règle de conflit bilatérale à finalité matérielle, celle de protection du consommateur. Une démarche identique a été adoptée pour l'assuré pour la loi imposée par l'assureur (art. 7) et pour le travailleur (salarié) s'agissant d'un choix de loi inscrit dans son contrat de travail (art.8).

II. LE CHOIX DU CRITERE DE RATTACHEMENT DANS LES SOLUTIONS EUROPEENNES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Le critère de rattachement sert à désigner, par sa mise en œuvre, l'ordre juridique compétent. Reprenons notre exemple de base concernant la capacité générale d'une personne : la nationalité est le critère de rattachement qui désigne, pour régir cette question, le droit de son pays national.

L'avènement des nouveaux règlements européens en droit international privé remet en cause les critères de rattachement jusque là retenus en réservant une place privilégiée au critère de la résidence habituelle et surtout, chose encore plus surprenante, au pouvoir des parties de choisir la loi applicable en dehors du domaine traditionnel des contrats.

A. LA SUPREMATIE DU CRITERE DE RATTACHEMENT TENANT A LA RESIDENCE HABITUELLE

Longtemps on a parlé de domicile et non de résidence habituelle, non que l'on exigeât un domicile de droit, mais cela supposait malgré tout une approche juridique et une volonté de la personne de se fixer durablement dans un pays. La notion de résidence habituelle, qui s'y substitue de plus en plus, est plus simple à gérer car elle repose sur des constatations matérielles. Reste l'imprécision tenant à la durée minimale pour satisfaire ce critère puisqu'aucun délai ne figure dans les textes qui y font référence : ce silence est volontaire, surtout dans le cadre des règlements, pour laisser une large marge d'appréciation aux juges des différents Etats membres.

Le choix en faveur de la résidence (anciennement domicile) était traditionnel dans le cadre des successions mobilières internationales et au titre d'un critère de substitution à celui de la nationalité lorsque la mise en œuvre de ce dernier était impossible.

Aujourd'hui, il a pris une expansion considérable. Mis en avant d'abord dans la convention de Rome sur les obligations contractuelles (écartant le critère du lieu d'exécution du contrat autrefois utilisé en premier choix), il s'est propagé dans d'autres domaines : on le retrouve à titre d'élément correcteur de

la compétence de la loi du lieu du dommage dans le règlement Rome II lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays ; c'est celui retenu pour déterminer la loi applicable à la demande d'aliments (résidence du créancier d'aliments , v. art. 15 règ. du 18 décembre 2008 renvoyant au Protocole de La Haye du du 23 novembre 2007, art. 3 - mais c'est moins nouveau car c'est le critère qui avait été retenu dès la convention de La Haye du 2 octobre 1973) ; il est désormais le critère de rattachement en matière de divorce (v. règ. Rome III, art. 8) et le règlement sur les successions internationales y rattache l'ensemble de la succession du de cujus, y compris immobilière qui, jusqu'à présent, selon une tradition plus que séculaire, relevait de la loi du lieu de situation des immeubles.

C'est encore le critère retenu dans les règlements à venir, celui sur les régimes matrimoniaux et sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

D'un point de vue français, on est surtout décontenancé de voir qu'en matière de statut personnel où la nationalité était le critère de rattachement de prédilection, le critère de la résidence, moins permanent et moins stable que celui de la nationalité, soit préféré. C'est sans doute un signe des temps : en droit français, s'agissant de la sensible question de la célébration de mariages homosexuels, le tout nouveau article 202-1 du code civil autorise une telle célébration en France, nonobstant l'interdiction de la loi nationale de l'un et l'un époux, dès lors qu'un de deux époux réside en France.

Mais l'ampleur du changement est plus marquée s'agissant de la place faite au choix de loi par les parties, ce qu'on appelle également la « *professio juris* » (choix de loi).

B. L'EXTENSION DE LA *PROFESSIO JURIS*

Le principe de l'autonomie de la volonté transposé à l'ordre international a conduit, dans les matières où il avait cours, à reconnaître aux parties le pouvoir de choisir la loi applicable. Pour les contrats internationaux comme pour les régimes matrimoniaux (qui relèvent aussi du choix des époux), il est constant que la loi applicable est avant tout celle choisie par les parties ou futurs époux.

Cette tradition est reproduite dans le règlement Rome I (et avant, dans la convention de Rome) tout comme dans le futur règlement sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

Notons que sa vigueur a été renforcée en matière contractuelle car ce choix est possible (mais contrôlé) même dans un rapport entre professionnel et consommateur (art. 6), entre assuré et assureur (art. 7) et entre « travailleur » (salarié) et employeur (art. 8), ce qui n'était pas admis auparavant.

De façon plus notable encore, il a fait son apparition dans des domaines où il n'était pas auparavant envisagé.

Tout d'abord, le règlement Rome II en prévoit une possibilité encadrée pour régir un rapport non contractuel (délictuel).

Ensuite et surtout, son apparition dans les règlements Rome III en matière de divorce et dans le règlement sur les successions internationales marquent un tournant décisif quant à la nature des droits en cause. Il est vrai que le choix limité offert, à savoir la faculté de désigner la loi nationale au lieu et place de la loi de la résidence habituelle compétente par principe, a été justifié pour concilier des vues opposées, au sein des Etats membres, quant au rattachement approprié pour régir ces questions. Il n'en demeure pas moins qu'en ouvrant ces catégories juridiques au principe d'autonomie, le législateur européen transforme les droits en cause en droits disponibles alors que leur indisponibilité, jusqu'à lors affirmée, était le fondement de leur régime juridique d'ensemble, à commencer par l'office du juge dont la rigueur varie suivant que le droit est ou non disponible.

* *

*

Cette évolution de la réglementation de droit international privé, sous l'impulsion de la source européenne, aura indéniablement des répercussions sur l'approche française de la théorie générale des conflits de lois et la doctrine ne cesse de s'interroger actuellement sur l'avenir de celle-ci dans un tel contexte. Le débat ne cesse de se vivifier au fil de l'apparition de nouveaux règlements. Si la théorie générale du droit international privé elle-même n'est pas remise en cause, les solutions ne seront plus celles qui longtemps ont été enseignées par nos grands maîtres (v. colloque de l'université de Paris V-René Descartes – du 14 mars 2014, « Quel avenir pour la théorie générale du droit international privé ? »).

CONCLUSION

Par
Harold Kobina GABA
Membre du LexFEIM
Maître de conférences HDR de droit privé
à l'Université du Havre

Ces propos conclusifs sont à la fois une synthèse non exhaustive des travaux publiés dans le présent ouvrage et un avis sur la tentative d'une étude comparative ou parallèle des phénomènes de régionalisme dans l'espace et dans le temps, notamment entre l'Asie et l'Europe.

Le régionalisme est une notion très complexe et plurielle. On peut unanimement constater que c'est un phénomène aujourd'hui planétaire qui frise, semble-t-il, le mimétisme volontaire ou imposé.

La notion, comme il a été démontré dans les différentes études, entretient, au plan politique et juridique, des relations étroites avec d'autres notions similaires, complémentaires, concurrentes ou *a priori* contraires ou antinomiques : le nationalisme, la souveraineté nationale, la communauté, l'union, la fameuse expression « la communauté internationale »..., le droit national, le droit communautaire, le droit de l'Union, le droit régional, le droit international, l'ordre public local, national, communautaire, international public ou privé, la *lex mercatoria*...

Comme le rappelle le doyen Carbonnier, le droit est un phénomène social¹.

Le régionalisme ne déroge pas à ce constat et se manifeste nécessairement et premièrement par la volonté politique de deux Etats et plus de mettre en place un projet commun ou une alliance avec ses enjeux, politiques, stratégiques, économiques, sociales... dont la traduction juridique peut prendre plusieurs formes : Communauté, Union, Organisation...

Mais les Etats sont-ils les seuls acteurs capables de créer du régionalisme ?

La réponse n'est pas aisée car le phénomène étant très complexe, suppose évidemment des interactions de même nature. Toujours est-il que les firmes

¹ Jean Carbonnier, Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, L. G. D. J. 1988, 6^e éd., p. 6.

internationales, le Fonds Monétaire international (FMI), la Banque mondiale, les fonds d'investissements... ne sont pas en reste.

Cette dimension socio-politique constitue la quintessence même du régionalisme.

A cet égard, on peut paraphraser Karl Marx en disant qu'il s'agit là de la superstructure du système.

Ce truisme se retrouve aussi dans une phrase célèbre du Premier ministre chinois Zhou Enlai à propos de l'URSS et des États-Unis au cours de la Guerre froide : « les deux superpuissances dorment dans le même lit, mais elles font des rêves différents »².

Ces deux blocs de puissance ne constituaient-ils pas en définitive deux types de régionalisme ? Encore faut-il préciser que certains membres de chaque bloc font un saut géographique de la zone d'influence d'un bloc vers un autre en raison du choix idéologique, stratégique...

L'existence ou la réminiscence ou la continuité de ce phénomène de blocs reste d'actualité malgré l'émergence de nouveaux blocs ou alliances dont la Chine semble être volontairement – ou non – le précurseur. Il est même dit que le monde n'est plus bipolaire mais désormais pluriel.

En tout cas, on peut retenir avec le premier ministre chinois Zhou Enlai, dans un premier temps, l'antagonisme des deux superpuissances de l'époque en période dite de guerre froide, puis la détente caractérisée par des arrière-pensées et des buts profondément différents...

Ce constat peut être valablement transposé non seulement entre deux ou plusieurs régions en présence mais encore au sein de chaque région et donc entre les États-membres et à l'intérieur de chaque État.

En effet, au-delà des aspects formels ou organisationnels, le régionalisme se fonde sur de véritables enjeux ou intérêts impliquant des politiques plurielles même contradictoires au sein d'une même région ou organisation.

Il est donc difficile de faire une étude comparative de ces organisations, régions et donc des droits qui en découlent sans tenir compte de leur environnement historique, social, culturel, philosophique, politique, économique...

L'actualité nous fournit des objets de recherche qui illustrent cette exigence.

² Not. : Fontaine A., *Histoire de la détente (Un seul lit pour deux rêves)*, Fayard 1981 ; Boniface P., *Le grand livre de la géopolitique : les relations internationales depuis 1945*, Eyrolles 2014, spéc. p. 72-73 ; Archer J.-Y., *Le Président Hollande et Jacques Delors ?* <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-107861-le-president-hollande-et-jacques-delors-1036066.php>.

Un ancien officiel de l'OTAN, sous couvert d'anonymat, donnait un jugement péremptoire (c'est un euphémisme) à propos du phénomène « Etat Islamique » au motif que cette organisation est un mystère car « *Rien depuis le triomphe des Vandales dans l'Afrique du Nord romaine ne fut aussi soudain, incompréhensible, et impossible à inverser que la montée de l'État Islamique* ».

Un professeur de sciences politiques déconstruit cette affirmation et explique qu'« *en étiquetant l'État Islamique comme étant un mystère unique, nous nous privons des meilleurs outils qui peuvent nous permettre de contextualiser, de comprendre et finalement d'affronter cette organisation* »³.

En outre, le mimétisme⁴ ou l'emprunt servile ou le diktat d'un droit étranger est voué à l'échec sans l'adaptation nécessaire à l'environnement local.

Le mimétisme ou l'emprunt législatif constitue une autre difficulté qui met en évidence notamment le phénomène des interférences entre deux langues : « *C'est le phénomène des faux amis* ». Ces derniers « *sont des signes de deux langues différentes dont les signifiants sont en relation d'homonymie ou de paronymie et dont les signifiés diffèrent plus ou moins ; ces signes peuvent être la source, pour l'utilisateur naïf, distrait ou perturbé, de mises en équivalence erronées* »⁵.

Au regard de ce qui précède, qu'est-ce le régionalisme eurasiatique, européen, caribéen, africain... ? Qu'est-ce la liberté religieuse et de culte, la laïcité surtout qu'en France même il est difficile sociologiquement et politiquement de donner un contenu non équivoque à cette dernière notion très singulière au-delà des incantations politiques ? Qu'est-ce la démocratie⁶ ? On peut multiplier les questions à l'infini.

La tâche apparaît ainsi fastidieuse, complexe, plurielle...

L'auteur de ces lignes ne peut que se réjouir de participer à cette entreprise commune à six mains (Fabien Bottini et Pierre Chabal qui en est l'initiateur. Je

³ Pischedda C., *A provocative article says the Islamic State is a mystery. Here's why that's wrong*, <http://www.washingtonpost.com/blogs/monkey-cage/wp/2015/08/27/the-islamic-state-is-no-mystery/>; <http://www.slate.fr/story/106179/Etat-islamique-mystere-privet-arnes-tomber#xtor=RSS-2>.

⁴ V. Taleb-Karlsson A., « Le mécanisme de mimétisme législatif régional, communication à venir lors du colloque à Brest-France, le 23 octobre 2015 », in *L'eupéanisation de la justice pénale*, <http://www.univ-brest.fr/crdp>.

⁵ Delisle J., Lee-Jahnke H. (dir.), *Enseignement de la traduction et traduction dans l'enseignement*, Presses Université Ottawa 1998, sp. p. 36.

⁶ V. par ex. : « Malaise dans la démocratie, Le spectre du totalitarisme », *Revue du Mauss* 2005-25.

leur exprime toute ma gratitude !) de rendre compte des recherches effectuées par les auteurs, collègues et amis dans la compréhension du phénomène de régionalisme et de ses limites.

La richesse des différentes contributions nous a encouragés (on ne change pas une équipe qui gagne !) à poursuivre l'essai dans un prochain colloque retour au Havre, les 28 et 29 avril 2016, sur le thème :

« Mutations de société : réponses du droit national ou régional ? Perspectives asiatiques et européennes » ("Societal changes: responses of national or regional law ? Asian and European Perspectives ").

Ce colloque qui associera nos collègues et amis mongols et coréens respectivement de l'Université nationale de Mongolie et l'Université d'InHa, s'attachera à recenser, contextualiser, analyser et théoriser les mutations de société de toutes sortes dans l'espace et dans le temps (Mutations liées aux nouvelles technologies, Mutations sociopolitiques des Etats, Mutations liées aux découvertes scientifiques, Mutations sociales et économiques de la mondialisation...), puis d'envisager les problématiques juridiques qu'elles soulèvent, ou peuvent soulever, et les réponses nationales ou régionales souhaitées, selon un besoin social, ou les réponses nationales ou régionales qui leurs sont apportées, ou susceptibles de l'être, ou encore en voie d'être adoptées, bref les réponses de *lege ferenda* ou *lege lata*.

A l'instar du présent colloque, la démarche ainsi assignée est naturellement pluridisciplinaire et comparative malgré le caractère national et régional des réponses.

Il s'agira cette fois-ci de quatre regards croisés ! Et on espère d'autres regards !

Au nom des trois (Fabien Bottini, Pierre Chabal et moi-même), je vous convie chaleureusement, chers lecteurs, à ce prochain colloque au Havre, ville haute-normande dont le centre-ville est inscrit sur la liste du Patrimoine mondial par l'UNESCO en 2005 et dont le port est classé premier port pour le commerce extérieur de la France et le trafic des conteneurs, première place maritime française et cinquième grand port du Nord de l'Europe.

TABLE DES MATIÈRES

Préface

Par P. Gélard IX

Avant-Propos

Par P. Chabal X

Introduction

Par F. Bottini XX

Axe 1

L'impact du régionalisme sur les Etats

Les trois clarifications nécessaires à la transformation de la CICA en véritable organisation internationale de sécurité collective en Asie

Par J. M. AmanzholovXX

Le bilan mitigé de la CEI

Par S. J. AidarbaïevXX

La compétence de la Cour de la communauté économique eurasienne

Par Z. Sairambaeva, M. Kourmangaly

et J. Manabaeva XX

Le rôle et l'esprit des conférences régionales

Par P. Chabal XX

L'application du droit de l'environnement de l'UE

Par A. Renaut-Couteau XX

Les limites à l'intégration dans l'UE

Par M. Bruno.....XX

Axe 2

L'identité des Etats en question

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Etude comparée des pouvoirs des présidents franco-kazakh en matière de politique étrangère et de défense | |
| Par K. N. Shakirov..... | XX |
| Le contrôle de constitutionnalité kazakh | |
| Par Z. K. Ayupova et D.U. Kussainov | XX |
| Le statut du barreau en droit français et kazakh | |
| Par G. Mashimbaeva et J. Manabaeva | XX |
| La problématique des libertés de religion et de culte au Kazakhstan | |
| Par S. N. Sabikenov..... | XX |
| L'état de la laïcité en France et en Europe | |
| Par P. Gast..... | XX |
| Les principes directeurs de la réforme de l'organisation administrative kazakhe | |
| Par A. G. Toussoupova..... | XX |
| Le NPM, version « new look » du système de l'emploi ? | |
| Par F. Bottini | XX |

Axe 3

Le rôle et la place des Etats dans le processus de régionalisation

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| L'influence de la France sur le DIP | |
| Par G. Lebreton | XX |
| Observations sur le principe de création d'une cour constitutionnelle internationale | |
| Par G. Lô..... | XX |
| L'évolution du droit européen du handicap sous l'influence de l'ONU | |
| Par H. Gaba..... | XX |

**La protection de l'usage de l'eau transfrontalière par le droit
de l'environnement en Asie centrale**

Par K. J. Altaeva.....XX

Les cellules souches et le droit

Par S. M. Sylkina XX

Les solutions du droit international privé

Par B. Bourdelois..... XX

Conclusion

Par H. Gaba..... XX

Les organismes régionaux (Conseil de l'Europe, UE, CEEA, CICA, CEI...), dont l'existence est prévue par le Chapitre VIII de la Charte de l'ONU, sont-ils dans un rapport de complémentarité ou de concurrence ? Constituent-ils un atout ou une faiblesse pour l'efficacité du droit international et le respect de la souveraineté des Etats ? C'est, au fond, ces questions qui guident en filigrane les trois axes de réflexion autour desquels cet ouvrage est construit.

Tandis que le premier s'interroge sur l'impact du régionalisme sur les Etats – des régionalismes, devrait-on dire, tant ses manifestations sont nombreuses ! –, le second questionne la capacité des intéressés à conserver une identité propre tandis que le dernier réfléchit à la place du droit international (public et privé) dans ce contexte de régionalisation.

L'originalité de ces réflexions tient aux regards croisés franco-kazakhs choisis pour les traiter. Cette approche peut, certes, surprendre, s'agissant de la comparaison avec un pays encore peu connu de la doctrine juridique française. Mais elle fait sens, du fait du rapprochement croissant Europe-Asie – encore illustré par la visite des chefs d'Etat français et kazakhs, respectivement à Astana (2014) et à Paris (2015). Il n'est en effet plus temps de se demander « Comment peut-on être Persan ? » comme à l'époque de Montesquieu ni même kazakh ou européen, mais de se connaître mieux par l'analyse comparée et les Universités du Havre et al-Farabi se sont engagées sur ce chemin depuis de nombreuses années.

Sans attendre ces déplacements officiels, les intéressées ont en effet noué des liens très forts, concrétisés par la création d'un Centre européen du Droit au sein de l'Université al-Farabi à Almaty. Grâce à ce partenariat, le lecteur sera surpris de découvrir combien les deux pays sont confrontés à des problématiques communes et combien leur système juridique tend à se rapprocher, du fait du choix des autorités kazakhs de s'inspirer du droit français ou européen pour faire face aux défis qui s'imposent à lui depuis son indépendance du bloc soviétique, de la réforme constitutionnelle à la matière environnementale, en passant par la laïcité, la réglementation de la profession d'avocat, la modernisation de l'administration, la protection des travailleurs handicapés, de recours aux cellules souches, etc.

Fabien Bottini, Harold Gaba et Pierre Chabal sont Maîtres de conférences à l'Université du Havre, respectivement en droit public, droit privé et science politique.

Leurs travaux portent sur la transformation de l'Etat-nation face au double mouvement de mondialisation et de régionalisation des continents.