

**Réponses au questionnaire sur la qualité de la législation communautaire, sa mise en œuvre et son application dans les ordres juridiques nationaux.  
L'ordre juridique italien.**

**1. Prévenir/éviter les problèmes d'interprétation**

*1.1. L'instrumentaire communautaire : hiérarchie et simplification, travaux préparatoires et transparence*

1.1.1.

1.1.2. Le manque de clarté de la hiérarchie des normes juridiques communautaires soulève des difficultés tant en ce qui concerne l'interprétation de normes similaires mais non identiques contenues dans des règles de droit communautaires de niveaux différents qu'en ce qui concerne les effets directs des règles communautaires dans les ordres juridiques internes.

Le texte des articles 32 à 38 du Projet de Traité, qui institue une Constitution pour l'Europe, opère une simplification des normes, en clarifie la hiérarchie, tend à préciser la valeur de chaque acte normatif dans l'ordre juridique interne (il ne semble pas établi de manière explicite s'il existe et quels seraient les effets directs de la loi cadre européenne sur les ordres juridiques internes, effets directs dont l'existence a été affirmée par les directives détaillées à partir de la décision rendue par la Cour de justice des communautés européennes en 1970 dans l'affaire Sace).

Les nouvelles dispositions fixent avec plus de certitude le cadre des règles de droit et permettent de simplifier et d'améliorer la transposition de ces règles dans les ordres juridiques internes.

1.1.3. La méthode ouverte de coordination, la co-régulation et l'autorégulation constituent des instruments de soft-law.

Dans certaines hypothèses, ces instruments facilitent la recherche d'un consensus, qui peut être plus aisément atteint sur des principes que sur des règles précises et contraignantes (cas de la méthode ouverte de coordination).

Dans d'autres cas, tels que celui de la co-régulation, ils peuvent exprimer une sensibilité dans des domaines très avancés qui ne permettent pas de régulation par des règles contraignantes communautaires, parce que la question n'est pas arrivée à maturité dans le corps social, ou bien parce qu'elle est perçue de manière trop différente au sein des Etats membres de la Communauté.

Parfois, enfin, ils témoignent d'une recherche de consensus et de légitimation des membres d'une catégorie, lesquels exhalent l'essence des valeurs et des principes qui inspirent leur conduite et s'offrent ainsi au jugement de ceux auprès desquels ils agissent (ceci semble être en partie le cas de l'autorégulation).

Certes, ces instruments sont utiles ; il est cependant nécessaire de préciser qu'il s'agit de règles non contraignantes, lesquelles peuvent se montrer particulièrement persuasives, peuvent servir à donner un caractère concret et un contenu à des concepts juridiques faisant référence à la sensibilité sociale (ce que l'on appelle les clauses générales telles que, par exemple, la correction, la bonne foi, la décence, la confiance).

La méthode ouverte de coordination, par exemple, définie par le Conseil européen de Lisbonne de 2000 et qui vise à la convergence des Etats vers des objectifs communs, y compris dans des domaines étrangers à la compétence de l'Union, est un instrument d'harmonisation tirant son importance et sa force précisément de ses caractéristiques de

souplesse et de simplicité. En conclusion, répétons-le, il s'agit d'instruments utiles aux fins d'harmonisation des interprétations des dispositions contenues dans les actes juridiques de l'Union ; en même temps, ce sont des moyens de rapprochement des ordres juridiques des Etats membres dans des domaines du droit étrangers à la compétence de l'Union. Tant leur valeur que leur fonction doit en être clarifiée.

1.1.4.

1.1.5. Certes, l'introduction d'une procédure législative plus transparente (voir sur ce point l'accord inter institutionnel) permettrait de mieux faire partager les règles communautaires, et donc de mieux les faire accepter ; leur mise en œuvre en serait facilitée.

De même, la disponibilité de travaux préparatoires bien ordonnés et complets participe à la transparence de la procédure législative, fournit des instruments utiles à l'interprétation des règles de droit communautaires et donc, éventuellement, des règles correspondantes de mise en œuvre du droit interne.

## *1.2 Méthodologies de mise en œuvre – quel est le mode opératoire exact du processus de transposition ?*

1.2.1.

1.2.2. Il arrive souvent que la transposition des normes communautaires prenne la forme d'une copie servile de ces normes dans les textes nationaux. La raison en est que, de cette manière, la transposition est très simple et comporte en apparence moins de risques, mais elle complique l'interprétation et, par conséquent, l'application des règles internes de mise en œuvre des normes communautaires, en ce qu'elle introduit dans l'ordre juridique des éléments non cohérents, et entraîne l'adoption d'expressions copiées servilement sur celles utilisées par le législateur communautaire et qui trahissent le sens de l'expression originaire.

Le Conseil d'Etat, qui a pour mission de donner son avis sur tous les projets d'actes réglementaires et, par conséquent, y compris sur ceux concernant la transposition des directives communautaires, s'est constamment prononcé contre une transposition mécanique. L'extrait suivant de l'avis rendu le 30 juin 1997 (avis n° 58/97) par la Section consultative pour les actes normatifs du Conseil d'Etat sur le projet d'acte de transposition des directives communautaires dans le secteur des télécommunications en est une illustration :

"De même, en règle générale, il convient d'observer que parfois les normes communautaires sont transposées de manière mécanique, sans prendre en considération le fait que celles-ci vont être introduites dans un ordre juridique entier dans lequel la tutelle juridictionnelle (articles 24 et 13 de la Constitution), la motivation des actes administratifs, le principe du contradictoire dans la procédure administrative (articles 3, 7 et suivants de la loi n° 241 de 1990), la contestation des violations de la loi par l'administration (article 14 de la loi n° 689 du 24 novembre 1981), l'acceptation tacite et le début d'activité sur déclaration (articles 19 et 20 de loi n° 141 de 1990) sont des principes et des institutions fondamentaux de caractère général. En conséquence, le Conseil d'Etat estime, ainsi qu'il sera précisé lors de l'examen de chaque article, que la technique de la transposition peut être perfectionnée grâce à une traduction des textes communautaires en textes internes qui en assure le résultat, en tenant compte des particularités de l'ordre interne du droit administratif, caractérisé par une protection des droits individuels supérieure à celle du droit communautaire".

1.2.3. Notre ordre juridique ne connaît pas de mécanisme général de transposition accélérée des directives à travers un renvoi à la norme originaire. La loi ordinaire n° 86 du 9 mars 1989 et ses modifications ultérieures, qui concerne la procédure d'exécution des obligations communautaires, prévoit l'adoption, chaque année, d'une "Loi communautaire" contenant les

"Dispositions pour l'exécution des obligations découlant de l'appartenance de l'Italie aux Communautés européennes".

Par cette loi "a) il est fait référence au niveau de conformité de l'ordre juridique interne au droit communautaire et à l'état des éventuelles procédures d'infraction rendant compte, en particulier, de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux éventuelles inexécutions et violations par la République italienne de ses obligations communautaires ;

b) il est fourni la liste des directives transposées ou à transposer administrativement ;

c) il est rendu compte de manière séparée des raisons de l'éventuelle absence d'introduction des directives dont le délai de transposition est déjà expiré et de celles dont le délai de transposition expire au cours de la période de référence, par rapport aux délais prévus pour l'exercice du mandat législatif. Il est également rendu compte de la législation régionale en matière de transposition des directives communautaires, en fournissant les informations prévues à l'article 9, al. 2 bis".

1.2.4. Les difficultés d'interprétation rencontrées sont souvent similaires à celles qui se posent dans l'ordre juridique interne, telles que, par exemple, celle de déterminer si une règle possède un caractère de spécialité interdisant son abrogation par une règle générale postérieure (Conseil d'Etat, 4<sup>ème</sup> Section, n° 1313 du 11 mars 2003).

La question de la détermination du caractère anormal des offres (offres à un prix excessivement bas) dans le cadre des marchés de travaux publics représente un domaine dans lequel se sont posées des difficultés de transposition particulières. L'alinéa 1 bis de l'article 21 de la loi n° 109 du 11 février 1994 devait permettre la transposition de l'article 30 de la directive n° 93/37 du Conseil en date du 14 juin 1993. Aux termes de la disposition contenue dans ledit alinéa, l'évaluation des justificatifs donnés ex ante des prix proposés, concernant au moins 75% du montant de la base d'adjudication, suffisait pour considérer une offre comme anormale et l'exclure.

La Cour de justice a estimé, pour déterminer si un candidat devait être exclu, c'est-à-dire pour déterminer si le bas prix offert était justifié, qu'un examen contradictoire complet de tous les postes de l'offre était nécessaire, après que le candidat concerné a eu connaissance du seuil d'anomalie et des postes précis de prix estimés anormalement bas (décision n° 285 du 27 novembre 2001). Jusqu'à alors, pour exclure une offre anormale, il suffisait, dans l'ordre juridique italien, de vérifier, au moment de l'offre même, les justifications des prix relatifs à au moins 75% du montant de la base d'adjudication.

Les raisons de cette transposition quelque peu divergente de la directive communautaire peuvent être liées à la méfiance traditionnelle de l'ordre juridique italien vis-à-vis des offres faites à un prix trop bas et à la tradition de primauté de l'administration italienne sur les particuliers.

1.2.5.

1.2.6

1.2.7.

1.2.8. La directive "Habitat" (directive 92/43/CEE du Conseil en date du 21 mai 1992) concernant la conservation des habitats naturels et semi-naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, conformément à l'article 174 du Traité, a promu la réalisation d'un réseau écologique européen, dénommé "Natura 2000", formé par des "sites d'importance communautaire", dont la désignation incombe normalement aux Etats. Cette directive a été transposée en Italie sur le fondement de l'article 4 de la loi n° 146 de 1994 ("loi communautaire 1993") à travers des dispositions réglementaires (décret présidentiel n° 357 du 8 septembre 1997 et ses modifications ultérieures). La transposition n'a pas soulevé de

difficultés particulières sauf en ce qui concerne le domaine des compétences de l'Etat et des régions et la forme même de la transposition. La Cour constitutionnelle, devant laquelle la région de l'Emilie – Romagne et les provinces autonomes de Trento et de Bolzano ont formé un recours contre l'Etat en raison d'un conflit d'attribution, a estimé que la forme de la transposition avait été régulière (décision n° 425 de 1999). Dans sa décision, la Cour a précisé que l'existence d'une règle de droit communautaire comportant des obligations de transposition nationale n'entraîne pas en soi une modification de la répartition normale des compétences entre l'Etat, les régions et les provinces ; ceci conformément au principe selon lequel l'ordre juridique communautaire est, en règle générale, indifférent aux caractéristiques constitutionnelles (centralisées, décentralisées, régionales ou provinciales) des Etats membres ; la Cour a en outre décidé que l'Etat, en raison de sa responsabilité au niveau communautaire et de l'obligation particulière que cette responsabilité revêt dans l'ordre constitutionnel, en conséquence de l'article 11 de la Constitution, est tenu et donc habilité à mettre en œuvre tous les instruments compatibles avec la garantie des compétences régionales et provinciales, propres à assurer l'exécution des obligations de nature communautaire ; que les règles posées par l'Etat, dans les cas où la matière relèverait de la compétence régionale ou provinciale, sont flexibles par rapport à des choix différents de normes régionales et provinciales ; que la transposition par voie d'acte réglementaire est légitime, dans la mesure où cette autorité réglementaire est prévue expressément par une loi et où les normes réglementaires ne contraignent pas les régions et les provinces autonomes au-delà de ce qui découle des obligations communautaires.

La directive "Oiseaux" 79/409 CEE concernant la conservation des oiseaux sauvages a été transposée dans l'ordre italien par la loi n° 157 du 11 février 1992. Dans ce cas également, en droit italien, la transposition de la directive par une loi de l'Etat a soulevé des difficultés de compétence avec les régions, qui sont compétentes en matière de chasse. Deux régions ont légiféré en votant des règles concernant les espèces susceptibles d'être chassées et la période de chasse plus permissives que celles figurant dans les lois étatiques transposant la directive. Par deux décisions n° 226 et 227 du 4 juillet 2003, la Cour constitutionnelle a annulé les dispositions régionales en contradiction avec les normes étatiques. La Cour a estimé que les dispositions de la loi étatique fixant les niveaux minimaux de protection de la faune relèvent de la compétence exclusive de l'Etat prévue à l'article 117, alinéa 2, lettre s) de la Constitution, qui attribue de manière exclusive à l'Etat le pouvoir de légiférer en matière de protection de l'environnement et de l'éco-système, qu'en outre, les dispositions de la loi étatique, qui fixent les niveaux de protection des oiseaux sauvages en transposition de la directive, constituent des principes fondamentaux des réformes économiques et sociales et donc des limites y compris à la compétence exclusive attribuée à la province autonome de Trento en matière de chasse.

En revanche, la transposition de la sixième directive 77/388/CEE sur la TVA a donné lieu à des difficultés de mise en œuvre et d'interprétation. Cette directive a été transposée en droit italien principalement à travers le décret législatif prévu par le décret présidentiel n° 24 du 21 janvier 1979, texte à l'origine de la modification la réglementation initiale sur la TVA contenue dans le décret législatif prévu par le décret présidentiel n° 633 du 26 octobre 1972. Voici quelques exemples concernant les difficultés relatives à la transposition de cette directive. Le principe de territorialité de l'impôt en question, en ce qu'il concerne les prestations de service, entraînerait le paiement de l'impôt auprès de l'Etat dans lequel la prestation de service est exécutée, cependant, par la force des choses, des critères différents, objectifs et subjectifs, ont été élaborés, qui ont abouti à une réglementation complexe ; dans certains cas, en effet, comme dans le secteur des services de télécommunications, la dérogation au critère du siège du prestataire de services est destinée à éviter que l'entreprise de services ne transfère son siège pour des raisons fiscales. Ainsi, le critère général du lieu du

siège du prestataire de services connaît de nombreuses dérogations qui sont énumérées dans la directive et reportées au 4<sup>ème</sup> alinéa de l'article 7 du décret présidentiel n° 633 du 26 octobre 1972 et de ses modifications ultérieures. Il est parfois objectivement difficile de déterminer avec précision le contenu de certaines de ces prestations, ainsi, par exemple, les prestations professionnelles définies par le législateur national à l'article 7, alinéa 4, lettre d) du décret n° 633 sur la TVA semblent diverger de celles figurant dans la directive. Il importe de rappeler sur ce point que par sa décision n° C 145/96 du 16 septembre 1997, la Cour de justice, estimant que la liste figurant à l'article 9 n° 2 de la directive était limitative, a exclu de la dérogation l'activité d'un arbitre qui, n'étant pas assimilable à celle d'un avocat, doit être assujettie à l'impôt dans l'Etat où se trouve le domicile ou la résidence de l'arbitre ; en revanche, l'expression utilisée dans le texte italien "les prestations de conseil et d'assistance technique ou légale" : celle-ci est donc différente de celle utilisée dans la directive, qui fait référence aux prestations de service "fournies par des conseils, ingénieurs, bureaux d'études, avocats,..." et semblerait également inclure dans la dérogation l'activité d'arbitre. Par ailleurs, le législateur italien, en fixant les critères territoriaux de rattachement aux fins du paiement de l'impôt, a traduit "établissement stable" par "organisation stable". Or, la Cour de justice, depuis la décision rendue le 4 juillet 1985 dans l'affaire Berkholz, estime que le concept de "établissement stable" requiert en même temps l'existence d'un élément personnel et d'un élément matériel, alors que dans le concept d'une "organisation stable", les deux éléments, personnel et matériel, ne doivent pas nécessairement mais peuvent être présents en même temps, pour définir l'existence d'un centre opérationnel stable à l'intérieur d'un Pays autre que celui de résidence. Par conséquent, l'utilisation de l'expression "organisation stable" dans l'ordre juridique italien ne correspond pas tout à fait à ce qui a été prévu par la 6<sup>ème</sup> directive, qui fait référence à un "établissement stable".

Dans le cas de la 6<sup>ème</sup> directive, les difficultés de transposition sont objectives et, si elles ne peuvent être surmontées, elles peuvent certainement être atténuées grâce aux informations et comparaisons avec les transpositions opérées par les autres Etats membres.

A ce sujet, sur lequel nous reviendrons par la suite, la connaissance du contenu des opérations de transposition des autres Pays est un élément d'harmonisation important ; en effet, l'harmonisation du mode de transposition des règles communautaires par les législateurs nationaux et l'uniformité de l'interprétation par les juges des divers Etats présupposent des instruments juridiques spécifiques, mais ces objectifs ne peuvent être poursuivis qu'à travers une comparaison permanente et un échange important d'idées et d'informations entre les intervenants des différents Etats membres. Par conséquent, tout organisme permettant d'effectuer une comparaison et un échange d'idées est utile à cette fin. Naturellement, l'instrument essentiel pour surmonter ces difficultés est l'interprétation rationnelle des règles nationales de transposition et, par conséquent, l'examen direct de la disposition communautaire selon l'interprétation que la Cour de justice en a donné ; la Cour de Cassation a souvent fait référence à ces critères dans ses arrêts rendus en matière de TVA, dans lesquels les directives communautaires et leur interprétation par la Cour de justice sont souvent évoquées.

### *1.3. Contrôle ex ante de la législation communautaire*

#### *1.3.1.*

1.3.2. Il convient de préciser tout d'abord qu'un ordre juridique n'est pas seulement caractérisé par des règles contraignantes, des normes créées par des lois ou autres sources de droit formelles. Il y a des éléments qui se placent à côté du "juridique" d'un ordre donné et qui le caractérisent (le Professeur Gorla a qualifié ces éléments de "para juridiques") ; parfois, ces éléments caractérisent mieux l'ordre juridique que les règles elles-mêmes, parce qu'ils

contribuent à créer "l'environnement" dans lequel les règles s'appliquent ; ils sont déterminants tant pour l'essence de la règle que pour son application. Une institution fondamentalement identique peut fonctionner de manière totalement différente dans deux ordres juridiques divers, non seulement parce que les autres règles de ces deux ordres sont différentes, mais aussi et surtout parce que le "para juridique" des deux ordres est différent. Il est donc possible d'agir sur un ordre juridique, soit en modifiant les règles, soit en jouant sur les éléments qui constituent le "para juridique". Ainsi, dans l'ordre juridique communautaire, les outils de communication revêtent une grande importance (CELEX, par exemple, est un instrument qui joue un rôle utile), ainsi que les rencontres entre intervenants des différents ordres, les relations qui s'établissent entre ces intervenants (notre Association est un point de référence utile et un lieu de rencontre entre intervenants spécialisés en droit administratif qui appartiennent aux juridictions suprêmes administratives), les programmes d'études scolaires et universitaires, le niveau de communication entre les administrations, les universités, les institutions des différents Pays et ainsi de suite. Dans l'ordre juridique italien, l'article 17, alinéa 28, de la loi n° 127 du 15 mai 1997 prévoit que le Conseil d'Etat examine, sur requête du Président du Conseil des ministres, le projet d'actes normatifs de l'U.E. Cette disposition a été peu appliquée. L'article 1 bis de la loi n° 86 du 9 mars 1989 prévoit que les projets d'actes normatifs de l'U.E. sont transmis aux chambres et aux régions, que les commissions parlementaires formulent des observations au gouvernement, que les régions peuvent envoyer au gouvernement leurs observations.

Ces dispositions n'ont pas eu de grandes répercussions sur l'ordre juridique italien. L'institution d'un Conseil d'Etat européen, dans lequel seraient représentées les traditions juridiques de l'ensemble des Pays membres, caractérisé par l'indépendance de ses membres, autonome par rapport aux institutions de l'Union et des Etats membres, auquel serait attribuée une compétence consultative sur la qualité de la législation communautaire, dans le seul intérêt de l'ordre juridique communautaire, pourrait représenter à la fois une institution utile et un lieu d'échanges d'expériences consultatives diverses visant un objectif commun et pourrait constituer une valeur positive supplémentaire et emblématique pour l'ordre juridique communautaire dans son ensemble. Cette institution devrait dialoguer avec la Commission et donner ses avis à un stade avancé de la procédure d'élaboration des textes.

### 1.3.3.

1.3.4. Notre Association, qui au travers des rencontres entre ses membres et de ses diverses initiatives, telles la publication du bulletin et la constitution de la banque de données, joue un rôle positif de communication et d'information, pourrait intervenir, dans des hypothèses d'une importance particulière, tant au stade de la préparation des textes communautaires, en qualité d'interlocutrice de la Commission, qu'à celui de la transposition des dispositions communautaires pour réaliser une coordination entre les Etats afin de rendre la transposition des dispositions communautaires dans les ordres nationaux plus homogène. Ainsi que l'a souligné le représentant de la Commission lors de la réunion de Trèves des 24 et 25 mars 2003, notre Association pourrait être consultée par la Commission de manière informelle dans des cas particulièrement controversés ; l'avis pourrait être adopté soit à l'issue d'une réunion soit au travers de contacts par voie de poste électronique entre tous ou certains des membres préalablement désignés en vertu d'une répartition des compétences.

## **2. Examen et résolution des difficultés d'interprétation**

Le principe de l'interprétation uniforme des règles de droit communautaires dans ses trois fonctions de sécurité juridique (prévisibilité des conséquences juridiques d'un acte), égalité de tous devant la loi (à situation identique, application identique de la loi), unité du droit au sein

de l'Union (application identique des règles de droit communautaires par l'ensemble des juges) joue un rôle central dans l'ensemble des ordres juridiques. L'application et l'interprétation uniformes représentent donc une valeur fondamentale vers laquelle on doit tendre dans le cadre de l'application du droit communautaire. Il doit cependant être tenu compte du fait que l'interprétation, c'est-à-dire le processus logique d'attribution d'un sens à un texte législatif, n'est pas un fait purement mécanique mais un processus en partie créatif ; l'idée selon laquelle le juge ne devrait pas interpréter la loi mais seulement l'appliquer et se référer au législateur en cas de doute, idée qui remonte à la Constitution de Justinien de 529, à la Bulle de confirmation du Concile de Trente du 26 janvier 1563, à l'ordonnance civile de Louis XIV de 1667, au référé législatif de 1790 de la France révolutionnaire, outre le fait qu'elle n'a jamais été véritablement appliquée, a été expressément abandonnée par le Code civil français de 1804 ; il est désormais communément établi que l'activité d'interprétation ne comporte pas qu'une opération mécanique, mais peut contenir des éléments de création dans la mesure où l'interprète, confrontant la règle à interpréter avec toutes les autres règles de l'ordre juridique, filtre la première à travers sa propre culture et sa propre sensibilité et en fait une norme. Une différenciation d'interprétation et donc de transposition d'une même règle doit être acceptée dans une certaine mesure comme un caractère physiologique d'un système, même si dans le système communautaire l'interprétation par les juges nationaux des règles de mise en œuvre de la norme communautaire doit avoir également comme finalité unificatrice de ramener les différentes règles nationales à la norme communautaire unique, de laquelle découlent les règles nationales. Même en ce qui concerne l'interprétation, des facteurs non véritablement juridiques, tels que ceux visant à augmenter et à améliorer la communication et la connaissance des diverses transpositions dans les ordres juridiques nationaux et des interprétations par les juges des différents Pays, peuvent constituer des facteurs positifs d'uniformité.

### *2.1. Méthode d'interprétation et instruments*

#### 2.1.1.

2.1.2. Les difficultés indiquées se posent également dans le cadre de la jurisprudence, et l'interprétation des textes nationaux, qu'elle vise au respect du contenu de la directive, et donc qu'elle fasse référence à la directive, est une interprétation rationnelle et correcte en ce qu'elle tend à atteindre l'objectif de la règle de droit interne qui est, précisément, de transposer la directive.

#### 2.1.3.

#### 2.1.4.

#### 2.1.5.

#### 2.1.6.

#### 2.1.7.

#### 2.1.8.

#### 2.1.9.

2.1.10. Les travaux préparatoires sont utilisés, dans le cadre de l'interprétation des règlements communautaires, lorsque surgissent des difficultés d'interprétation mises en évidence, par exemple, par des décisions de jurisprudence contraires entre juges nationaux ou avec des juges d'autres Pays. Dans ces cas, il peut s'avérer utile de recourir aux documents de la Commission concernant la règle dont l'interprétation fait l'objet d'une controverse. Le préambule des textes communautaires est toujours un élément dont il ne saurait être fait abstraction pour interpréter les dispositions prises individuellement en ce qu'il indique la raison et la finalité de chaque disposition. Dans le cadre de l'interprétation des textes

nationaux de transposition de la norme communautaire, il est rare de recourir à l'examen des travaux préparatoires nationaux, dans la mesure où l'on estime plus approprié de s'appuyer sur le texte communautaire que le texte national a entendu transposer et d'examiner éventuellement les différentes versions linguistiques.

## *2.2. Coopération en matière d'interprétation*

2.2.1. En général, le recours à la procédure du renvoi préjudiciel est fondé sur des considérations d'ordre uniquement juridique, les juges suprêmes tendent, tout en se conformant à la jurisprudence Cilfit, à ne pas abuser de cette procédure. Aux yeux du juge suprême, le renvoi préjudiciel apparaît nécessaire dans les cas où l'interprétation de la règle de droit communautaire donnée par un juge d'un degré inférieur est différente de celle que le juge du degré supérieur entend suivre.

2.2.2. Le mécanisme du renvoi préjudiciel s'est avéré extrêmement utile pour garantir l'application uniforme du droit communautaire dans le respect de la souveraineté de chacun des Etats ; c'est dans cette fonction qu'il est généralement perçu par le juge italien.

2.2.3. Il n'existe pas de mécanismes éprouvés de consultation informelle par le juge national sur des questions de droit communautaire qui puissent conduire à une ordonnance de renvoi préjudiciel.

2.2.4.

2.2.5.

2.2.6.

2.2.7.

2.2.8.

2.2.9.

2.2.10.

2.2.11. Ainsi que cela a été évoqué plus haut, même la question de l'allègement de la Cour de justice d'une charge toujours plus lourde, destinée à croître encore davantage avec l'entrée des nouveaux Etats, peut être utilement abordée à travers des instruments permettant d'améliorer l'échange d'informations sur la transposition et la jurisprudence des différents Pays et de créer un échange d'idées vif, intense, continu entre les juristes, les administrateurs, les praticiens du droit des Etats membres de l'Union (sur ce point notre Association joue un rôle positif, qui a été reconnu par l'Union y compris à travers son financement) plutôt que par des modifications de la règle actuelle sur le renvoi préjudiciel, mécanisme qui a jusqu'à présent parfaitement fonctionné, de la façon dont elle est interprétée par la jurisprudence Cilfit. Il est préférable que la réduction du nombre des questions faisant l'objet d'un renvoi préjudiciel soit poursuivie à travers ces instruments extra-juridiques, plutôt que par des changements de la règle, qui soulèveraient des difficultés majeures : le filtre des juridictions nationales suprêmes alourdirait le travail de celles-ci pour un bénéfice vraisemblablement mince au profit de la Cour de justice ; la même approche vaut pour la proposition, figurant au point 2.2.8, de demander par voie législative au juge du renvoi qu'il formule sa proposition d'interprétation. Cette innovation pourrait toutefois être utile si l'on y parvenait non pas en vertu d'une obligation légale mais par le dialogue qui se développe entre juges nationaux et juges communautaires, tant au travers des décisions qu'au travers de la connaissance d'autres instruments de communication. Ainsi qu'il a été expliqué, notre Association constitue elle-même un instrument "extra-juridique" qui contribue utilement à uniformiser l'interprétation et toutes les initiatives indiquées au point 2.2.10. sont opportunes et dignes d'intérêt. Cependant,

il sera intéressant de voir si la récente décision rendue dans l'affaire Köbler (30 septembre 2003), par laquelle la Cour de justice, appliquant de manière cohérente les principes dégagés à partir de l'affaire Francovich de 1991 en matière de responsabilité du législateur national pour défaut de transposition ou pour transposition incorrecte des directives, a estimé pouvoir retenir la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire résultant d'une mesure juridictionnelle émanant d'une Cour suprême, aura pour effet d'accroître le nombre des renvois préjudiciels. Dans un tel cas, il y aura lieu de prendre en considération l'idée d'élaborer des textes permettant l'allègement de la charge de travail de la Cour de justice, mais l'idée de confier à la Cour de justice le soin de choisir les cas les plus importants à trancher, à moins de procéder à des ajustements, en développant le régime des irrecevabilités, apparaît étrangère à la majeure partie des ordres juridiques européens et propre aux ordres juridiques de common law.

### **3. Sanctionner les erreurs d'interprétation**

#### *3.1. Contrôle ex post de textes législatifs*

##### 3.1.1.

3.1.2. Dans l'ordre juridique italien, le centre administratif de référence de l'intérêt à la conformité des normes nationales avec les dispositions communautaires est le Ministre de la coordination des politiques communautaires. Il lui échet non seulement de transmettre aux chambres les actes normatifs émanant des organes de l'Union européenne, mais aussi de vérifier, en collaboration avec les administrations concernées, l'état de conformité de l'ordre juridique interne et des tendances de la politique gouvernementale avec le droit communautaire et de transmettre en temps utile les résultats de cette vérification aux chambres, en suggérant ou en proposant les mesures et les initiatives à engager. Ainsi qu'il a déjà été observé au point 1.2.3., une loi communautaire est adoptée chaque année, visant expressément à rendre l'ordre juridique interne conforme à l'ordre communautaire. Par conséquent, la notification au Ministre de la coordination des politiques communautaires par le Conseil d'Etat ou le juge national de carences particulières, éventuellement signalées par la Commission ou une autre institution, dans la mise en œuvre de la norme communautaire, oblige le ministre à agir et engage sa responsabilité politique.

3.1.3. Le contrôle postérieur de la transposition et de l'application des normes communautaires est, de fait, celui qui est mis en œuvre à travers l'institution de la responsabilité de l'Etat, qu'elle soit législative, judiciaire ou administrative par rapport aux particuliers. Par sa jurisprudence en la matière, la Cour de justice, en laissant à l'initiative des intéressés le contrôle de l'application et de la transposition de la norme communautaire a, de fait, construit un formidable système de contrôle *a posteriori*.

#### 3.2. Dispositifs correctifs communautaires et nationaux

3.2.1. En cas d'erreur d'interprétation de la part du juge national, que cette erreur concerne le droit international ou le droit communautaire, la responsabilité de l'Etat est engagée ; certes, la Commission européenne est habilitée à engager la procédure d'infraction prévue à l'article 226 du Traité. Naturellement, cet article 226 est un instrument d'une grande valeur emblématique, qui doit inciter l'ensemble des institutions nationales à prendre soin de transposer le droit communautaire de la manière la plus complète mais, en même temps, une utilisation trop fréquente de cet instrument en atténuerait la portée ; c'est donc à raison que la Commission semble n'avoir jamais eu recours à cette procédure.

3.2.2. Il est une règle en droit communautaire, depuis la décision rendue dans l'affaire Francovich en 1991 jusqu'à l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire Köbler le 30 septembre 2003, selon laquelle chaque Etat membre est tenu d'indemniser les dommages causés aux particuliers en cas de violation du droit communautaire qui lui serait imputable, si les conditions suivantes sont réunies :

- 1) la règle de droit violée doit attribuer des droits aux particuliers ;
- 2) la violation doit être grave et caractérisée ;
- 3) il doit y avoir un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'Etat et le dommage subi par les sujets lésés.

Dans la décision sus-rappelée du 30 septembre 2003, cette règle a été appliquée également dans le cas où la violation du droit communautaire résulte d'une décision prise par un organe juridictionnel suprême ; par cette décision, la Cour a estimé qu'en l'espèce il incombait au juge national de statuer sur l'indemnisation du dommage ; plus précisément, le juge national, compte tenu de la spécificité de la fonction juridictionnelle, doit vérifier si la violation du droit communautaire par une institution nationale présente un caractère manifeste. Cette tendance et, en particulier, l'illustration qu'en fut la décision Köbler doivent être partagés dans la mesure où, d'un côté, elles confirment la responsabilité de l'Etat, déjà affirmée pour les actes du législateur et les décisions des juges suprêmes et, d'un autre côté, elles confient au juge national la vérification de l'élément le plus délicat des faits d'espèce, c'est-à-dire l'existence du caractère manifeste de la violation du droit communautaire. De cette manière, la Cour continue à exprimer son orientation traditionnelle consistant à retenir la responsabilité de l'Etat pour violation du droit communautaire et, en même temps, elle cherche à demeurer très respectueuse des ordres juridiques nationaux, montrant ainsi à nouveau de manière manifeste que le but de sa jurisprudence n'est pas de sanctionner ni de réparer, mais seulement de définir un instrument contribuant utilement à l'application uniforme du droit communautaire.

3.2.3. Compte tenu également des observations développées au point précédent, la création d'une instance juridictionnelle communautaire ayant compétence en matière d'indemnisation du dommage causé aux particuliers en raison d'erreurs d'interprétation du droit communautaire par les juges nationaux n'apparaît pas utile, non seulement parce qu'elle apparaîtrait comme un instrument préjudiciable à l'autorité des juges nationaux, mais aussi parce qu'elle constituerait un degré de juridiction supplémentaire et inapproprié au niveau communautaire dans les procédures nationales.

Giuseppe Barbagallo