

# L'injusticiabilité : émergence d'une notion ?

Etudes publiées  
en hommage au Professeur Jacques Leroy

Pierre Serrand, Piotr Szwedo (dir.)

Biblioteka Jagiellońska  
Kraków

Copyright Université Jagellonne, Cracovie 2018

Direction:  
Pierre Serrand, Piotr Szwedo

Composition typographique:  
Maciej Kiełbas

Projet de couverture:  
Katarzyna Szczepaniec

Sur la couverture: *Temida* par Stanisław Młodożeniec, peinture à l'huile sur toile, 95 × 67 cm.  
Source: <https://www.touchofart.eu/Stanislaw-Mlodozeniec/sml32-Temida/>

Parution de l'ouvrage financé par la Faculté de droit et de l'administration de l'Université Jagellonne.

ISBN: 978-83-949716-0-1

Impression: Studio Drukarnia, Cracovie, Pologne

## Sommaire

Piotr Szewdo et Pierre Serrand	
Introduction .....	9
Jean-Pierre Marguénaud	
Le roi des juristes conteurs .....	15
François Priet	
Protection des sites et urbanisation : compatibilité ou phagocytose ? En hommage à Jacques Leroy .....	19
Tadeusz Włudyka	
Quelques souvenirs ! .....	35
Krzysztof Wojtyczek	
Jacques Leroy, grand ami de la Pologne .....	37
Christine Mengès-Le Pape	
« Injusticiable et injusticiabilité : histoire des mots et de leurs applications » .....	41
Wojciech Zagorski	
L'injusticiabilité et la nature de l'argument juridique. Réflexions autour de la crise constitutionnelle polonaise. ....	51
Pierre Serrand	
Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités. ....	63

Maxime Charité L'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel devant le juge administratif . . . . .	77
Tristan Pouthier L'épuisement des mesures d'ordre intérieur en prison : essai d'interprétation historique . . . . .	95
Martin Collet Injusticiabilité et droit fiscal : le cas des rescrits . . . . .	127
Vanessa Barbé Les évadés fiscaux sont-ils justiciables ? . . . . .	135
Cédric Guillerminet L'impossible mise en jeu de la responsabilité des acteurs de la dépense publique : un exemple d'injusticiabilité en droit budgétaire . . . . .	153
Carine Laurent-Boutot L'injusticiabilité des droits sociaux consacrés par les traités internationaux protecteurs des droits de l'homme . . . . .	175
Sébastien Pellé Équité et droit pénal : l'impossible justice ? . . . . .	191
Stéphanie Mauclair Injusticiabilité, inconditionnalité et droit d'agir en justice . . . . .	209
Sandie Lacroix-De Sousa Le devoir de secret du banquier : source d'injusticiabilité en droit bancaire ? . . . . .	221
Dariusz Piatek L'injusticiabilité des exceptions aux droits de l'auteur . . . . .	235
Agnieszka Chudyba L'injusticiabilité des opinions d' <i>amici curiae</i> en contentieux civil polonais . . . . .	251
Pierre-François Laval Le différend injusticiable dans la pratique de la Cour internationale de Justice . . . . .	265
Piotr Szwedo Injusticiabilité et développement durable – <i>ignotum per ignotius</i> en droit international ? . . . . .	275
Ermanno Calzolaio Le refus de renvoi préjudiciel obligatoire : un cas d'injusticiabilité ? . . . . .	287

## **Le refus de renvoi préjudiciel obligatoire : un cas d'injusticiabilité ?**

Ermanno Calzolaio, Professeur de droit comparé –  
Université de Macerata (Italie)

### **Introduction : le pouvoir discrétionnaire des juridictions nationales de dernière instance**

Le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union Européenne constitue sans doute un des mécanismes qui a le plus favorisé le développement du droit de l'Union. Dès les années 1960, c'est par des arrêts prononcés à la suite des sollicitations des juges nationaux que la Cour a pu énoncer les principes fondamentaux qui forment, encore aujourd'hui, les piliers de l'édifice juridique européen<sup>1</sup>.

Comme on le sait, l'article 267 TFUE (qui reprend l'article 234 CEE) prévoit que la Cour est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation des traités et sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (al. 1). Lorsqu'une question d'interprétation du droit primaire (ou de validité d'un acte) est soulevée devant une juridiction d'un État membre, si cette dernière « estime qu'une décision

---

<sup>1</sup> La Cour de justice elle-même n'hésite pas à définir le mécanisme du renvoi préjudiciel comme la pierre angulaire du système juridique établi par les Traités ; à cet égard, v. CJCE, avis 2/13 du 18 décembre 2014, § 176 et 198.

sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement », elle « peut » demander à la Cour de statuer sur cette question (al. 2). S'il s'agit d'une juridiction dont la décision à venir ne sera plus susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne, elle est « tenue de saisir la Cour » (al. 3).

La norme est donc très clairement formulée dans le sens d'imposer une obligation sur les juridictions de dernière instance des États membres. Toutefois, cette obligation ne signifie pas que toute difficulté d'interprétation du droit de l'Union impose un renvoi préjudiciel. C'est pourquoi, à partir de la jurisprudence *Cilfit*<sup>2</sup>, la Cour a précisé que les juridictions de dernière instance jouissent du même pouvoir d'appréciation que toutes les autres juridictions nationales pour vérifier si une question d'interprétation se pose et si cette question est déterminante pour trancher le litige. Il ne suffit donc pas qu'une partie soutienne que le litige soulève une difficulté d'interprétation pour engager l'obligation de renvoi. Au contraire, la juridiction nationale doit, d'abord, évaluer si effectivement une difficulté d'interprétation se pose et, ensuite, si elle est déterminante pour trancher le litige. A cet égard, dans l'affaire *Cilfit* la Cour de Justice a affirmé qu'« une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question de droit communautaire se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente, ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la cour, ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ; l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit communautaire, des difficultés particulières que présente son interprétation et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de la Communauté »<sup>3</sup>. En l'absence de ces conditions, l'obligation de renvoi n'est pas constituée<sup>4</sup>.

Le pouvoir discrétionnaire de la juridiction supérieure saisie d'une question d'interprétation du droit de l'Union s'avère essentiel pour permettre, d'abord, un dialogue effectif entre les juges nationaux et la Cour de Justice, et pour

<sup>2</sup> CJCE, 6 octobre 1982, *Cilfit*, Rec. CJCE, 1982, p. 3415.

<sup>3</sup> *Ivi*, n° 21.

<sup>4</sup> Pour un encadrement général v. J. Pertek, Renvoi préjudiciel, *JurisClasseur Europe*, fasc. 362, 2016. V. aussi D.P. Domenicucci, Il meccanismo del rinvio pregiudiziale : istruzioni per l'uso, *Contratto e Impresa/Europa*, 2014, p. 31 et s.

éviter, ensuite, le risque que cette dernière soit submergée par une quantité ingérable de questions préjudicielles. En effet, il arrive souvent que la question d'interprétation soit soulevée alors que la Cour a adopté sur cette question une jurisprudence claire et bien établie, qui ne nécessite pas d'être remise en cause. La Cour a ainsi mis en évidence (toujours à partir de l'arrêt *Cilfit*) les circonstances qui sont de nature à exonérer la juridiction statuant en dernière instance de l'obligation de la saisir. C'est le cas, notamment, lorsque la question a reçu une réponse dans une décision préjudicielle antérieure, et quand il existe sur ce point une jurisprudence établie de la Cour permettant d'évacuer tout doute raisonnable sur la manière de résoudre la question. Tout cela permet d'affirmer qu'il est indéniable que, même si le droit de l'Union ne connaît pas la règle du précédent jurisprudentiel, la Cour elle-même essaie de se conformer à ses précédents ; de leur côté, les juges nationaux ont la tendance à les suivre spontanément<sup>5</sup>.

Le pouvoir discrétionnaire des juridictions de dernière instance a été tout récemment réaffirmé par la CJUE : « il appartient à la seule juridiction nationale d'apprécier si l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable et, en conséquence, de décider de s'abstenir de soumettre à la Cour une question d'interprétation du droit de l'Union qui a été soulevée devant elle. À cet égard, l'existence, à elle seule, de décisions contradictoires rendues par d'autres juridictions nationales ne saurait constituer un élément déterminant susceptible d'imposer l'obligation énoncée à l'article 267, troisième alinéa, TFUE. La juridiction statuant en dernier ressort peut en effet estimer, nonobstant une interprétation déterminée d'une disposition du droit de l'Union effectuée par des juridictions subordonnées, que l'interprétation qu'elle se propose de donner de ladite disposition, différente de celle à laquelle se sont livrées ces juridictions, s'impose sans aucun doute raisonnable ». En revanche, le devoir de renvoi subsiste dans les circonstances « marquées à la fois par des décisions divergentes d'instances juridictionnelles inférieures quant à l'interprétation de cette notion et par des difficultés d'interprétation récurrentes de celle-ci dans les différents États membres »<sup>6</sup>.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, un interstice reste ouvert permettant à une juridiction nationale de dernière instance d'échapper à l'obli-

<sup>5</sup> Nous nous permettons de renvoyer à E. Calzolaio, Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia, *Rivista Critica Diritto Privato*, 2009, p. 41 et s.

<sup>6</sup> CJUE, 9 septembre 2015, C-160/14, J.F.F. c. Estado português, n° 40 et s.

gation de saisir la Cour. Cela peut par exemple arriver si le juge fait référence à une jurisprudence de la Cour, en soutenant que la question a été déjà tranchée, même si en réalité, à la lumière d'autres arrêts, une clarification de la Cour s'avérerait opportune. Il peut aussi arriver que le juge ne saisisse pas la Cour, sans que cette absence de saisine ne soit justifiée, ni même motivée. Dans de telles hypothèses, la question d'interprétation est tout simplement ignorée.

Sommes-nous confrontés à un cas d'injusticiabilité ?

La notion d'injusticiabilité renvoie en effet à l'impossibilité pour un requérant d'obtenir justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige<sup>7</sup>. En principe, donc, on pourrait estimer que si une juridiction supérieure saisie d'une question d'interprétation du droit de l'Union ne renvoie pas à la Cour, par une motivation discutable ou voire sans motivation, le justiciable est privé de la possibilité, prévue par la loi, que le juge « naturel » (c'est-à-dire la CJUE) se prononce.

Pour établir si on se trouve en présence d'une injusticiabilité, il faut alors vérifier si, face à un refus de renvoi, des remèdes effectifs sont envisageables : d'abord, au niveau du droit de l'Union et de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (II) ; ensuite, selon les règles du droit interne, en prenant comme exemple l'expérience italienne (II). Cette analyse nous conduira, enfin, à esquisser des remarques conclusives pour essayer de répondre à l'interrogatif suggéré dans le titre de notre propos.

## I. L'éventail des remèdes envisageables au niveau du droit de l'Union

### A. LE RECOURS EN MANQUEMENT

Concernant les remèdes prévus par le droit de l'Union, la première possibilité qu'il faut prendre en considération est la procédure pour manquement d'État. En effet, la violation de l'article 267 TFUE, qui impose le renvoi préjudiciel aux juridictions de dernière instance, constitue un manquement au sens de l'article 258 TFUE, lequel serait susceptible de faire l'objet de la procédure de constatation de manquement prévue par l'article 260 TFUE.

<sup>7</sup> P. Serrand, « La diversité des injusticiabilités en droit public interne », *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, éd. P. Serrand et P. Szwedo, Mare et Martin, 2014, p. 106.



Toutefois, les limites de cette procédure sont évidentes. Le recours n'étant pas ouvert aux particuliers, ceux-ci ne peuvent que dénoncer à la Commission l'adoption d'une décision contraire au droit de l'Union. Par conséquent, l'action visant à faire cesser ce manquement est, pour l'essentiel, dans les mains de la Commission et celle-ci ne fait guère usage de cette possibilité<sup>8</sup>.

En outre, même en imaginant que la Commission décide d'intervenir, l'arrêt qui serait prononcé par la Cour de justice pourrait seulement constater le manquement et l'État intéressé devrait alors adopter les mesures nécessaires. Mais il est fort vraisemblable que d'ici-là l'arrêt national à la base du refus de renvoi préjudiciel ait acquis l'autorité de la chose jugée. A cet égard, la Cour de justice a toujours affirmé que le droit de l'Union respecte le principe de *res judicata*, même dans le cas où par la rémission en question d'un arrêt définitif on pourrait remédier à une violation du droit de l'Union<sup>9</sup>. Donc, selon le droit de l'Union, la violation de l'article 267 TFUE ne comporte pas l'invalidité de la décision de la Cour nationale qui a manqué de proposer un renvoi préjudiciel.

Bref, au-delà du fait que la procédure pour manquement d'État n'a été presque jamais utilisée pour réagir à un refus de renvoi préjudiciel<sup>10</sup>, en tout cas elle serait dépourvue de toute efficacité.

## B. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR VIOLATION DU DROIT DE L'UNION

Un autre remède mérite d'être considéré plus en profondeur car il apparaît à première vue plus satisfaisant. Il procède de la jurisprudence de la Cour de Justice relative à la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union.

Sans pouvoir entrer dans les détails, rappelons que la Cour de justice a défini, à partir de la jurisprudence *Francoovich* (1991) et *Brasserie du Pêcheur – Factortame* (1996), les conditions garantissant un droit à obtenir réparation au profit des particuliers, en indiquant que « les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État ouvre un droit à réparation dépendent de la nature de la violation du

8 C. Schepisi, *Rinvio pregiudiziale obbligatorio ed effettività della tutela giurisdizionale*, Trieste, 2003, p. 140.

9 V. à ce sujet M. Broberg, « National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference : The (Possible) Consequences Flowing Therefrom », *European Public Law*, 2016, p. 254.

10 La Commission a entamé une procédure contre la Suède pour réclamer le respect de l'art. 267(3) TFUE et, à la suite de cette intervention, la Suède a adopté une loi imposant aux juges de motiver en cas de refus de renvoi par une juridiction de dernière instance. V. M. Broberg, *op. cit.*, p. 251 et s.

droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé »<sup>11</sup>. Il s'agit, selon la Cour de justice, de sauvegarder la pleine efficacité des normes communautaires, la protection effective des droits que ces normes reconnaissent, et l'obligation de coopération qui pèse sur les États membres. Dans l'arrêt *Francovich*, la Cour de Justice considère que, lorsqu'un État membre omet de transposer une directive dans les délais requis, la pleine efficacité du droit communautaire impose l'ouverture d'un droit à réparation dès que trois conditions sont réunies : a) le résultat prescrit par la directive doit comporter l'attribution de droits au profit des particuliers ; b) le contenu de ces droits doit pouvoir être identifié sur la base des dispositions de la directive en cause ; c) il doit exister un lien de causalité entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par la personne lésée. Dans l'arrêt *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, la Cour a précisé les conditions ouvrant droit à réparation, en s'inspirant des solutions adoptées sur le fondement de l'article 288, alinéa 2, du Traité de la CE (ex-art. 215) relatif à la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Selon la Cour de justice, « la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage » (point 42).

A partir de l'arrêt *Köbler* (2003), puis dans l'affaire *Traghetti del Mediterraneo* (2006)<sup>12</sup>, le principe de responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire a été étendu aux violations commises par les juridictions suprêmes nationales. La Cour de justice rappelle à cet égard que l'applicabilité directe du droit communautaire concerne tout organe d'un État membre, y compris les juges, aux fins de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire : le juge national « chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »<sup>13</sup>. En application de ce principe, le juge national est tenu d'appliquer la jurisprudence de la Cour

11 CJCE, 19 nov. 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Francovich c. Italie* ; CJCE, 5 mars 1996, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du Pêcheur-Factortame* ; CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec. I. 2553. V. en général M. Hindré-Guéguen, « Responsabilité (des États membres) », *Rép. Dr. Européen*.

12 CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo c/ République italienne*, aff. C-173/03.

13 Affaire *Simmenthal* (CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. I. 629).

de justice et de consacrer pleinement la responsabilité pour faute du législateur national. La violation de ces obligations peut être la source d'une action tendant à engager la responsabilité de l'État.

Se référant à la jurisprudence *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, la Cour indique que, « eu égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires, la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort ». Elle précise en outre « qu'une juridiction statuant en dernier ressort constitue par définition la dernière instance devant laquelle les particuliers peuvent faire valoir les droits que le droit communautaire leur reconnaît. Une violation de ces droits par une décision d'une telle juridiction qui est devenue définitive ne pouvant normalement plus faire l'objet d'un redressement, les particuliers ne sauraient être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir par ce biais une protection juridique de leurs droits ». La Cour en conclut qu'« il découle des exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire qu'ils doivent avoir la possibilité d'obtenir devant une juridiction nationale réparation du préjudice causé par la violation de ces droits du fait d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort ».

L'affirmation de la responsabilité de l'État du fait de la violation du droit de l'Union par les juges nationaux est ainsi parfaitement claire. En même temps, toutefois, sa mise en œuvre s'avère bien complexe, surtout en cas de refus de renvoi préjudiciel.

Le problème concerne surtout la deuxième condition prévue pour engager la responsabilité de l'État, à savoir que la violation du droit de l'Union soit suffisamment caractérisée. Selon la Cour de justice, cela se vérifie en cas de « méconnaissance manifeste et grave, par un État membre, des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation » et, à cette fin, la juridiction compétente peut prendre en considération : « le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation que la règle enfreinte laisse aux autorités nationales ou communautaires, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, la circonstance que les attitudes prises

par une institution communautaire ont pu contribuer à l'omission, à l'adoption ou au maintien de mesures ou de pratiques nationales contraires au droit communautaire. En tout état de cause, une violation du droit communautaire est manifestement caractérisée lorsqu'elle a perduré malgré le prononcé d'un arrêt constatant le manquement qu'elle a constitué, d'un arrêt préjudiciel ou d'une jurisprudence bien établie de la Cour en la matière, desquels résulte le caractère infractionnel du comportement en cause » (aff. *Brasserie du Pêcheur – Factortame*, n° 4).

Pour ce qui concerne spécifiquement la responsabilité de l'État du fait du juge, la Cour de justice a précisé que cette condition doit être interprétée de façon stricte et la responsabilité peut venir en cause seulement dans le cas exceptionnel où le juge a manifestement violé le droit en vigueur (aff. *Köbler*, n° 52 et 53).

En définitive, la responsabilité de l'État du fait d'un refus de renvoi préjudiciel s'avère donc aussi être un remède d'une efficacité limitée.

## II. Le droit à un procès équitable entre Convention Européenne et droit interne

### A. LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE : L'ARRÊT DHABBI C. ITALIE

Il convient ici de vérifier si d'autres remèdes sont envisageables, notamment au niveau du droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

A cet égard, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer sur un cas de refus de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice par la Cour de Cassation italienne, dans l'arrêt *Dhabbi c Italie*, sur lequel nous souhaiterions attirer l'attention<sup>14</sup>.

Cette affaire concernait un ressortissant tunisien qui s'était rendu en Italie sur la base d'un permis de séjour et de travail, et qui avait été régulièrement embauché par une société. Sa famille comprenait son épouse et leurs quatre enfants mineurs. Selon la loi italienne, l'allocation de foyer familial est octroyée aux familles composées de ressortissants italiens résidant en Italie, avec au moins trois enfants mineurs, lorsque leur revenu annuel est inférieur à un certain montant. Le requérant considérait que, même s'il n'avait pas la

<sup>14</sup> Cour EDH, 8 avril 2014, *Dhabbi c Italie*, document consultable sur : <http://hudoc.echr.coe.int/>, référence consultée le 25 octobre 2017. L'arrêt a été publié en italien dans *Foro it.*, 2014, IV, c. 285 s. et il a suscité l'attention de la doctrine. V. tout récemment M. Broberg, *op. cit.* p. 243.

nationalité italienne, comme l'exigeait la loi, l'allocation lui était due en vertu de l'accord d'association entre l'Union européenne et la Tunisie (dit « Accord euro-méditerranéen »). Selon cet accord, les travailleurs de nationalité tunisienne et les membres de leur famille résidant avec eux bénéficient, dans le domaine de la sécurité sociale, d'un régime caractérisé par l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité par rapport aux propres ressortissants des États membres dans lesquels ils sont occupés. En première instance, le Tribunal avait rejeté la demande du requérant, car la notion de « sécurité sociale » concerne les prestations de maladie et de maternité, les prestations d'invalidité, de vieillesse... ; mais elle ne rend pas applicables les autres règles de coordination prévues par la réglementation communautaire. Devant la Cour d'appel, le requérant a demandé, entre autre, que soit posée à titre préjudiciel à la Cour de justice la question de savoir si, selon l'Accord euro-méditerranéen, il était permis de refuser à un travailleur tunisien l'allocation familiale. La Cour d'appel a confirmé le rejet, étant donné que l'Accord euro-méditerranéen ne concernait que les prestations de prévoyance et n'était donc pas applicable à l'allocation de foyer familial.

Saisie de la question, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi, sans proposer le renvoi préjudiciel à la Cour de Justice, et sans motiver son refus, se limitant à souligner que son interprétation ne se fondait pas seulement sur la référence textuelle à la « sécurité sociale » mais, comme indiqué par la Cour de justice, sur les éléments constitutifs de chaque prestation.

Ayant épuisé les voies de recours internes, le requérant a alors saisi la Cour EDH, en lui demandant d'apprécier la violation par l'État italien de l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable), au motif que la Cour de cassation italienne avait ignoré sa demande de question préjudicielle à la Cour de Justice de l'UE relativement à l'interprétation de l'Accord euro-méditerranéen.

La Cour EDH a accueilli le recours, en considérant que si les juridictions de dernière instance refusent de saisir la CJUE à titre préjudiciel, elles doivent « motiver leur refus au regard des exceptions prévues par la jurisprudence de la Cour de justice. Il leur faut donc indiquer les raisons pour lesquelles elles considèrent que la question n'est pas pertinente, ou que la disposition de droit de l'UE en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJUE, ou encore que l'application correcte du droit de l'UE s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable ». Or, poursuit la Cour, dans l'arrêt de la Cour de cassation, il n'y a « aucune référence à la demande

de renvoi préjudiciel formulée par le requérant et aux raisons pour lesquelles il a été considéré que la question soulevée ne méritait pas d'être transmise à la CJUE. La motivation de l'arrêt litigieux ne permet donc pas d'établir si cette question a été considérée comme non pertinente, ou comme relative à une disposition claire ou déjà interprétée par la CJUE, ou bien si elle a été simplement ignorée [...] Ce constat suffit pour conclure qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ».

L'enseignement que l'on peut tirer de cet arrêt est que la juridiction de dernière instance, sollicitée à saisir la Cour de Justice de l'UE d'une question d'interprétation du droit de l'Union, doit motiver son refus de renvoi préjudiciel, en faisant référence aux critères établis par la Cour de Justice. Autrement, on se trouve en présence d'une violation du droit à un procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention.

#### B. LES REMÈDES ENVISAGEABLES AU NIVEAU DU DROIT INTERNE : L'EXPÉRIENCE ITALIENNE

Sous réserve de considérer par la suite la portée réelle de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État selon la Convention Européenne du Droit de l'Homme, il convient maintenant de vérifier si d'autres remèdes sont envisageables au niveau du droit interne des États membres. On prendra en considération, à cet égard, l'expérience italienne, notamment la jurisprudence de la Cour de Cassation sur l'irrecevabilité du pourvoi contre les arrêts du Conseil d'État.

Il s'agit d'une question délicate car, en droit italien, les arrêts du Conseil d'État sont définitifs et ils ne peuvent pas être contestés devant la Cour de Cassation, sauf lorsqu'il s'agit de trancher une question de juridiction, comme le prévoit expressément la Constitution (art. 111, al. 8), le code du procès administratif (art. 110), et le code de procédure civile (art. 362, al. 1).

Les « motifs concernant la juridiction » sont un concept juridique assez indéterminé. C'est donc la jurisprudence qui l'a précisé. Elle se fonde pour cela sur la distinction entre limites externes et internes de la juridiction. Les limites externes concernent la délimitation du périmètre dans lequel le juge peut se prononcer, eu égard à la compétence d'autres juges et aux attributions des autres pouvoirs étatiques. Le dépassement de ces limites implique un excès de pouvoir juridictionnel, qui se vérifie notamment en cas d'invasion de la compétence ré-

servée à un autre juge (par exemple si le juge administratif se prononce dans un cas qui relève de la compétence du juge ordinaire), ou bien quand le juge viole la compétence des autorités administratives (par exemple, si le juge administratif se substitue à l'administration dans l'appréciation des circonstances qui relèvent de sa compétence exclusive), ou, enfin, s'il porte atteinte à la compétence du législateur. Dans toutes ces hypothèses la Cour de cassation peut annuler les décisions du Conseil d'État. À l'inverse, le recours est irrecevable en cas de dépassement des limites internes, c'est-à-dire quand le juge administratif commet une faute dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel, et donc viole la loi (*errores in iudicando* ou *in procedendo*)<sup>15</sup>.

La distinction entre limites externes et internes, si claire en principe, s'avère en réalité assez difficile à appliquer concrètement, et la jurisprudence de la Cour de cassation est parfois contradictoire. En effet, dans des arrêts récents, la Cour semble adopter une notion plus large de compétence juridictionnelle, en affirmant que cette notion ne se limite pas à inclure les questions qui concernent la répartition des compétences au sens stricte, mais aussi celles qui établissent jusqu'à quel point chaque juge est tenu d'exercer le pouvoir-devoir de *ius dicere*. Par exemple, dans un arrêt prononcé en 2015 la Cour s'est trouvée confrontée à un cas où, avant que l'arrêt du Conseil d'État attaqué n'ait acquis l'autorité de la chose jugée, la Cour de Justice de l'UE avait adopté une interprétation différente de celle suivie par le juge administratif. Dans ce cas, elle a accueilli le pourvoi contre l'arrêt du Conseil d'État, en tenant compte de l'évolution du concept de juridiction, afin d'assurer, à la fois, la primauté du droit de l'Union, l'interprétation uniforme de ce droit, et le respect du principe du procès équitable. La Cour a alors affirmé que les « motifs de juridiction » concernent non seulement la violation des normes attributives du pouvoir juridictionnel, mais aussi de celles qui donnent contenu à son exercice. Dans le cas d'espèce, le pourvoi a donc été accueilli afin d'éviter qu'un arrêt non conforme au droit de l'Union puisse acquérir l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, en dépit de ces ouvertures, la Cour de cassation nie régulièrement la recevabilité des pourvois contre des arrêts du Conseil d'État ayant refusé de proposer un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice. Bien qu'on puisse soutenir que l'absence de renvoi constitue bien un dépassement des limites externes de

<sup>15</sup> Pour un cadre de synthèse, v. F. Dinelli-G. Palazzesi, *La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione : una « innovativa conferma »*, *Giur. It.*, 2015, p. 942.

la compétence juridictionnelle, la Cour estime au contraire que « l'absence de renvoi préjudiciel ne constitue pas une question relevant du débordement de compétence juridictionnelle du juge administratif », car il s'agit d'un vice qui intègre une *error in procedendo*<sup>16</sup>.

Ainsi, demeure en l'état actuel du droit italien le principe selon lequel le refus de renvoi préjudiciel par le Conseil d'État n'est pas attaquant devant la Cour de cassation pour des « motifs de juridiction ». En définitive, un « droit d'accès à la Cour de justice » ne semble pas envisagé et on voit bien que l'obligation de renvoi prévue par l'article 267 TFUE risque de rester lettre morte.

D'un point de vue comparatif, une approche plus nuancée est adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Elle considère que la Cour de justice de l'UE est le « juge légal » pour les questions d'interprétation du droit de l'Union. Par conséquent, si un arrêt d'une Cour allemande – même rendu en dernière instance – refuse un renvoi préjudiciel, cela peut comporter une violation de la Constitution si la motivation du refus est manifestement intenable (*unhaltbar*)<sup>17</sup>. L'article 101 de la Loi Fondamentale prévoit en effet que nul ne doit être soustrait à son juge légal. Le contrôle de la Cour constitutionnelle allemande ne vise pas à protéger des erreurs d'interprétation, mais plutôt à vérifier si on se trouve en présence de décisions arbitraires de la part des juges. Cela peut arriver, notamment, si un arrêt ne considère point la possibilité de proposer un renvoi préjudiciel, ou s'il se détache volontairement d'une claire interprétation déjà adoptée par la Cour de justice, ou, enfin, s'il ne suit pas la jurisprudence de la Cour de justice sans une motivation raisonnable<sup>18</sup>. L'exemple allemand s'avère très intéressant, bien qu'il reste plutôt isolé. En effet, dans la majorité des États membres, la situation ne s'éloigne pas significativement de l'expérience italienne<sup>19</sup>.

16 Cass., sez. un., 4 février 2014, n° 2403, document consultable sur : [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it), référence consultée le 25 octobre 2017. Tout récemment, la Cour de Cassation italienne a confirmé encore une fois cette approche : E. Calzolaio *L'elusione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, commentaire à Cass., sez. un., 14 décembre 2016, n° 25629, in *Foro it.*, 2017, I, 584.

17 BVerG, 2 BvR, 2661/06, 6 juillet 2010, document consultable sur : [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/07/rs20100706\\_2bvr266106.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/07/rs20100706_2bvr266106.html), no 90, référence consultée le 25 octobre 2017.

18 V. R. Valutyte, « Legal Consequences for the Infringement of the Obligation to Make a Reference for a Preliminary Ruling under Constitutional Law », *Jurisprudencija*, 2012, p. 1171 et s., qui analyse aussi l'approche similaire adoptée par la Cour Constitutionnelle Tchèque.

19 V. par exemple S. Platon, « La pratique du Conseil d'État en matière de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », *AJDA*, 2015, p. 260 ; D. Szymczak, « Convention européenne des droits de l'homme et questions préjudicielles », *ivi*, p. 268. V. aussi, pour une étude approfondie, F. Ferraro,



## Conclusion : l'obligation de renvoi face au « citoyen européen »

À la lumière des considérations précédentes, on peut maintenant tirer quelques remarques conclusives pour tenter de répondre à la question posée au début de notre propos.

Le mécanisme du renvoi préjudiciel présuppose que la juridiction de dernière instance puisse évaluer si la question d'interprétation du droit de l'Union soulevée est fondée. Le juge dispose ici d'un large pouvoir discrétionnaire, ce qui porte atteinte à l'efficacité de ce mécanisme.

Au niveau du droit de l'Union, le recours en manquement d'État, au sens de l'article 258 TFUE, n'est pas plus satisfaisant, car ce remède n'est pas ouvert aux particuliers. En outre, la Commission n'a presque jamais utilisé la procédure de constatation de manquement prévue par l'article 260 TFUE.

Quant à l'action au titre de responsabilité de l'État, pour violation du droit de l'Union de la part du juge, elle est soumise à des conditions très restrictives, et leur application aux hypothèses de refus de renvoi s'avère improbable. En effet, en cas de refus motivé, pour contester l'appréciation du juge il faudrait être en présence d'une méconnaissance grave de la jurisprudence de la Cour, ou d'une motivation totalement irrationnelle, ce qui est difficile à imaginer. Même dans le cas où l'absence de renvoi est dépourvue de motivation, la recherche de la responsabilité de l'État ne serait non plus évidente, car il faudrait vérifier si la saisine de la Cour de Justice était en l'espèce nécessaire. Cela, par ailleurs, rend sans fondement l'argument utilisé par la Cour de cassation italienne, selon lequel l'ordre juridique interne assure une protection effective en permettant d'agir pour réclamer des dommages-intérêts pour violation du droit de l'Union<sup>20</sup>.

Une autre possibilité, qui met toujours en cause la responsabilité de l'État, procède de l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la Cour de Strasbourg ayant estimé dans l'affaire *Dhabbi* que l'État est responsable au sens de l'article 6 de la Convention (droit à un procès équitable) si un arrêt prononcé par une juridiction de dernière instance refuse sans mo-

« The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling », *Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 589.

<sup>20</sup> L'arrêt de la Cour de cassation italienne cité plus haut (note 16) fait référence notamment à la jurisprudence de la Cour de justice, *Köbler c. Autriche*, 30 septembre 2003, C-224/01 et *Traghetti del Mediterraneo c. Italie*, 13 juin 2006, C-173/03.

tivation de soulever le renvoi préjudiciel à la CJUE. Toutefois, selon la Cour, la Convention n'exige que l'existence d'une motivation du refus, sans aucune appréciation de sa pertinence. Il s'ensuit que, même au niveau du droit conventionnel, la recherche de la responsabilité de l'État n'est pas une solution satisfaisante.

Au-delà des limites liées aux conditions restrictives prévues pour engager la responsabilité de l'État, une remarque plus générale s'impose : même dans les (rares) cas de condamnation de l'État, la Cour de Justice resterait de toute façon privée de la possibilité de se prononcer sur la correcte application du droit de l'Union. Le problème de l'injusticiabilité serait donc intact. On peut même observer que le fait que la seule réaction envisageable soit la recherche de la responsabilité de l'État confirme, à bien regarder, l'injusticiabilité, c'est-à-dire l'impossibilité d'obtenir une décision juridictionnelle.

Il semble alors nécessaire de rechercher d'autres solutions, notamment au niveau des droits internes des États membres. A cet égard, l'expérience italienne montre un manque de conscience du réel enjeu du refus du renvoi préjudiciel, qui consiste précisément dans le fait de laisser ouverte une zone d'ombre susceptible de porter atteinte à l'effectivité du droit de l'Union. Cela devrait suggérer d'exploiter plus à fond les moyens qui seraient disponibles, comme par exemple le pourvoi en Cassation contre les arrêts du Conseil d'État pour « motifs de juridiction ». La Cour de cassation italienne adopte pourtant une approche stricte, qui exclut que la violation de l'obligation de renvoi préjudiciel constitue un dépassement des limites internes de la juridiction. Elle refuse donc de vérifier si le refus est justifié ou, au contraire, arbitraire. La même situation se présente, en général, dans les autres droits nationaux, à la seule exception du droit allemand. Ce dernier reconnaît que la Cour de justice est bien le « juge naturel » pour établir la correcte interprétation du droit de l'Union ; par conséquent, si un juge refuse le renvoi préjudiciel, cela peut conduire, dans certaines circonstances, à l'annulation de l'arrêt.

En définitive, un changement de perspective s'impose, si on veut conjurer le danger que le refus de renvoi conduise à une situation d'injusticiabilité, ce qui résulte, à bien regarder, de la volonté d'un juge interne soucieux de limiter l'intervention de la Cour de Justice<sup>21</sup>. L'exemple allemand montre qu'il est possible de rechercher des solutions à partir des moyens prévus dans les droits internes.

21 Pour un encadrement des différentes catégories d'injusticiabilités, v. les propos introductifs à ce volume.

A cette fin, une piste de réflexion est offerte par les considérations proposées en doctrine sur la notion de citoyenneté européenne, visant à mettre en relief que le droit de l'Union, loin d'être un ordre juridique séparé, s'intègre au contraire aux droits internes, pour ce qui concerne notamment la dotation de droits (et de devoirs) en faveur de *ses* citoyens.

En effet, avec le Traité de Lisbonne une nouvelle phase de l'intégration européenne s'accomplit, posant au centre de l'architecture de l'Union une nouvelle subjectivité juridique, à savoir celle du citoyen européen. « Elle est caractérisée par la titularité des droits, dont elle jouit au dehors et/ou au-delà de la sphère étatique, dans une dimension spatiale et non territoriale. Il s'agit d'une dimension qui n'est plus liée uniquement à des qualifications professionnelles, de travail ou qui ont un relief dans le marché intérieur, mais qui se réfère directement à la « personne » elle-même dans son individualité. Comme on le lit dans le Préambule à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'Union, étant fondée sur les valeurs indivisibles et universelles de la dignité humaine, de la liberté, de l'égalité et de la solidarité, aussi bien que sur le principe de démocratie et sur le principe d'État de droit, met la personne au centre de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, sécurité et justice »<sup>22</sup>.

Sans pouvoir aller plus loin, on peut néanmoins remarquer que la perspective de la citoyenneté européenne constitue un nouveau paradigme avec lequel le juriste doit se confronter, pour essayer de franchir les frontières parfois trop étroites des catégories traditionnelles, et de donner un nouvel élan au processus d'intégration européenne. Dans cette perspective, il est indéniable que le renvoi préjudiciel constitue un instrument essentiel, qui a permis à la Cour de justice non seulement d'orienter les juridictions nationales en vue d'une harmonisation des droits internes, mais aussi de permettre aux citoyens européens de se prévaloir des droits reconnus par le droit de l'Union. A cet égard, il suffit de rappeler que, dès le grand arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour soutient que le mécanisme de renvoi préjudiciel « confirme que les États ont reconnu au droit communautaire une autorité susceptible d'être invoquée par leurs ressortissants devant ces juridictions » et que les sujets de l'édifice européen « sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants », titulaires « des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique », dont il gardent la « vigilance » (c'est

22 L. Moccia, « Droit communautaire et droit européen », *Rev. Intern. Dr. Comparé*, 2014, p. 773.

le mot utilisé), qui s'ajoute au contrôle confié à la Commission et aux États membres<sup>23</sup>.

En tenant compte de ces remarques, le changement de perspective évoqué précédemment semble indispensable. Il conviendrait d'admettre, au niveau des droits internes, que le refus non motivé ou injuste de renvoi à la Cour de justice ne constitue pas une simple « violation du droit de l'Union », mais porte atteinte au droit, dont le citoyen européen est titulaire, que la Cour de Justice ne soit pas empêchée de se prononcer sur l'interprétation du droit de l'Union.

---

23 CJ, 5 février 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, *Rec.*, 1963, p. 3.