

LE POUVOIR ADMINISTRATIF
EN APPRÉCIATION ULTRA-LÉGALE
(“MERITO AMMINISTRATIVO”)
RAPPORT ANNUEL - 2013 - ITALIE
(Décembre 2013)
Dr. Paolo COTZA

TABLE DES MATIÈRES

1. LÉGALITÉ ET POUVOIR ADMINISTRATIF EN APPRÉCIATION ULTRA-LÉGALE DANS LE DÉBAT TRADITIONNEL

1.1 Introduction

1.2.1 Implications de droit positif ...

1.2.2 ...et hésitations traditionnelles

1.3 “Légalité-justice” des actes comme condition d’une bonne administration et vice “en appréciation ultra-légale” tel que moment “causal” de l’invalidité

1.4 Indétermination en termes positifs du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale. Résolution de l’intérêt public dans le système juridique ; renforcement de l’excès de pouvoir ...

1.5 ...absorption partielle du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale dans le domain d’un pouvoir discrétionnaire “externalisé”

1.6 “Etat de l’art” actuel et premières perspectives d’un discours “interdisciplinaire”

2. APPORT ÉPISTÉMOLOGIQUE ET “MOYENS” APPROPRIÉS À APPORTER UN RELIEF JURIDIQUE AU POUVOIR ADMINISTRATIF EN APPRÉCIATION ULTRA-LÉGALE. IMPLICATIONS

2.1 Limites actuelles d'une logique du résultat appliquée au pouvoir administratif en appréciation ultra-légale

2.2 Apport épistémologique et contenu-valeur autonomes du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale

2.3.1 Moyens appropriés pour assurer “la façon d'exécution du principe d'opportunité”, ainsi que pour “rendre celui-ci efficace”. Introduction...

2.3.2 Typologie...

1. LÉGALITÉ ET POUVOIR ADMINISTRATIF EN APPRÉCIATION ULTRA-LÉGALE DANS LE DÉBAT TRADITIONNEL

1.1 Introduction

Malgré une longue et influente tradition d'études, avec la complicité d'un “parc” apport de droit positif, la parabole toute entière du “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale” se caractérise autant par une “fragilité théorique” que par un “caractère aléatoire d'application”¹.

¹Sur le sujet, on peut reporter à A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, *Dir. amm.*, 2008, p. 517 s.

En fait, autour de cette formule ont été enregistrées des querelles doctrinales animées : avant tout, sur sa résolution entière dans des concepts juridiques (à leur tour controversés) tel que celui de pouvoir discrétionnaire (aussi bien technique qu'administratif), car tous les deux peuvent se rapporter au domaine de l'"indéniable en légalité"² ; de manière à occuper une zone de la dimension diversement modulée par la législation. Sinon : grâce au contraste des points de vue à la base de la liberté, ou du devoir, du profil discrétionnaire ; aussi en raison de l'ambiguïté de concepts substantiels qui ne se chevauchent pas entièrement ("opportunité", "convenance", "bonne administration") ; il a été jugé plus correct scientifiquement de s'interroger sur sa façon d'être dans le contexte des relations entre le droit et la décision administrative (si le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, tout en connotant une activité juridiquement de relief, implique la légalité ou non de la discipline connexe³).

Le fait (donné par l'expérience juridique) de tomber dans un cliché (qui tend à résoudre cette idée -logiquement avant le juridique- en conformité avec un rapport -dyadique- de "non-légalité") semble symptomatique de la persistance de ces problèmes. En d'autres termes, on serait en présence d'un processus décisionnel lié à l'activité administrative (dans le sens le plus large -qui se traduit ou non en "actes de production juridique"-), en correspondance avec lequel est réservé à l'autorité (en vue de la poursuite des intérêts qui sont confiés à ses soins) une "marge d'appréciation" non soumise à des règles juridiques

²En faveur, V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, serie III, 1948, XXII, p. 311 ; ID., *Merito* (diritto amministrativo), *Nov.mo Dig. it.*, X, Torino, 1968, p. 575.

³Ainsi et pour la négative, M. S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, *Stato e diritto*, 1941, p. 439 (maintenant *Scritti giuridici*, Milano, 2000, II, p. 347 s.), en désaccord avec C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936 ; ID., *Ancora sul merito amministrativo*, *Stato e diritto*, 1941 ; ID., *Discrezionalità*, *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1099 s.

(prérogative “objectivable” -par d'autres règles, comme ces techniques- ou non - pondération des intérêts en cause-)⁴.

La référence historique de droit procédural à un arrêt “supplémentaire” (pour laquelle le juge aurait permis de reporter toute question de pouvoir administratif en appréciation ultra-légale a celles de légalité et pratiquement de ne pas se prononcer sur les premières si la décision était aussi contestée par une exception de légalité réputé fondé⁵) n'est pas satisfaisante afin de clarifier le problème : sinon dans la mesure où cela leur permet de reconnaître (consciemment ou inconsciemment) une juxtaposition (plutôt qu'un contraste) avec la légalité. On ne peut détecter seulement (au-delà de la diversité des significations reliées à ce vocabulaire technique) qu'à l'effort de l'interprète (d'“ordre et de clarification” des relations tourmentées entre l'activité administrative -précisément- et la juridiction), il reste peu de marge, tant qu'il fonctionne selon un critère pandectist, respectueuse des schémas rigides de la séparation des pouvoirs, auxquels ramener -quand elles sont mises en œuvre- les exigences de justice venant de la société : on parvient inexorablement au résultat d'incontestabilité dans ce domaine ; tout au plus (sous le conditionnement de “droit commun”) avec l'épuisement de la juridiction administrative, spéciale, en termes formalistes d'une question d'amplitude des pouvoirs de décision (seulement). Mais, même lorsqu'on constate qu'aucune des données constitutionnelles ne dispose de cette “réserve d'administration”, il reste à expliquer en quoi consiste le substrat substantiel de la corrélation, entre la prérogative ultérieure et le caractère de “connaissance” de la même, désormais rendue expressément par la donnée courant de droit positif (art. 7, comma VI, et art. 134, Décret-loi du 2 Juillet 2010 n. 104).

⁴A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 595-596. Cf. aussi : Cons. Etat, sect. IV, 20 Octobre 1964 n. 1036, *Consiglio di Stato*, 1964, p. 1684-1685, sect. IV, 3 Juin 1964 n. 690, *Consiglio di Stato*, 1964, p. 1108 s.

⁵M. S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, p. 171 ; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

1.2.1 Implications de droit positif ...

L'épisode normatif mentionné vise à marquer une parabole profonde (du traitement dogmatique) sur le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, puisque :

- non seulement il le soustre définitivement à la condition d'"attraction" exclusivement pour les experts de la science de l'administration ;

- bien que dépassant l'argumentum selon lequel la portée juridique du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale est liée à l'attendu (de droit positif) de "moyens" - institutions- dans la disponibilité des seuls organes compétents des "pouvoirs publics", capables de déterminer "la façon d'appliquer" du principe d'opportunité - bonne administration (en tant que limite "conformative" de nature logique, typique de l'action des "pouvoirs publics" -"bonté intrinsèque"- et distinct de celui de "spécialité") et "orientés à rendre efficace ce dernier" ;

- mais il semble qu'il en décrète une définition progressive comme type de contrôle/arrêt sur l'activité, plutôt que "composant" (sinon élément "constituant") de l'acte, aussi bien qu'il aurait souhaité un débat spécialisé qui s'est historiquement développé du point de vue du (type de) "non - valeur", en parallèle à la conception contemporaine de "légalité administrative".

Il s'ensuit le départ d'un conditionnement constant, selon les analyses efficacement rendues par la logique des "couples d'opposés" à cause de l'histoire troublée de l'évolution du domaine des "pouvoirs publics" couvert par la légalité ; en particulier par rapport à la version "substantielle" à cette dernière qui, dans l'"échelle" des types de contrôle, est le plus proche du contrôle du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, car il en partage le caractère "intensifié", afin de marquer le passage du (pseudo-)principe de "réserve" au profit de celui de "préférence" d'administration.

Cette vicissitude par ailleurs relève de deux fronts :

- d'abord, parce que, tandis que le binôme originaire "(contrôle de) légalité" / "(contrôle) ultra-légale" principalement a été perçu comme du type A/B (selon "extrêmes polarisants"), le binôme "légalité" - "ultra-légalité" tend à agir comme un type A/non-A (c'est-à-dire "au tiers exclu") ;

avec le résultat de "miner" le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, dans la mesure où le processus de définition de l'intérêt public concret, par l'administration, est en train de perdre son caractère impondérable, pour acquérir les "cadences objectives et impersonnelles" ce qui permet au juge de le connaître toujours mieux ;

tandis que, s'il est convenu que le seul domaine "matériel" et objectif de l'activité de l'administration, qui autrefois était considéré comme convenable et caractéristique de la notion de "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale", a échoué (par absorption) ; une reconstruction conceptuelle, afin de comprendre les différentes techniques et les méthodes d'un contrôle autrement attribuable à la légalité, reste toujours importante ;

- ensuite, parce que la légalité, tout en étant inconcevable séparée de l'objectif de soin des intérêts généraux, ne signifie pas une "obligation juridique, institutionnelle" ; mais plutôt un mode dont va concrètement s'exercer le pouvoir⁶ ;

mais cela conduit à un décalage par rapport à l'axe de la "légalité objective", avec des implications intéressantes sur l'œuvre de "réhabilitation" du "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale" qui ne semblent pas complètement explorées, en raison d'un certain déficit dogmatique ; tandis qu'elles pourraient être utiles à la lumière du cadre réglementaire actuel, ayant nature de procès.

Dans un tel cadre, la nouveauté de droit positif mentionnée donne l'occasion de consacrer au pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, une réflexion actualisée aussi sur les aspects scientifiques ; en fait, promettant : soit, la révision sur la base du

⁶E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, Riv. trim. dir. pubbl., 1957, p. 293 s., p. 300.

contenu et de la fonction de sa “valeur juridique” (bien que résiduelle) ; soit, en perspective, la conception complémentaire d’un cadre unifié qui permet de ramener la juridiction élargie au pouvoir administratif en appréciation ultra-légale (même au-delà de ce qui est actuellement permis par les “données positives”) à une puissance de connaissance correspondant à la notion “substantielle”. L’objectif ainsi déclaré (en son temps, d’aménagement des connaissances, pour parvenir à un élargissement du point de vue juridique) implique, cependant, une double opération : l’annexion, à l’expression “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale”, d’une exhaustivité de détermination “en positif” ; par conséquent, l’essai de son autonomie fonctionnelle.

Seulement à ces conditions dogmatiques, on pourrait qualifier admissible à titre d’intérêt, pour le juriste, où se termine le contrôle traditionnel de légalité et commence (éventuellement) le domaine réservé au “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale”.

1.2.2 ...et hésitations traditionnelles

Toutefois, on doit tenir compte d’une certaine viscosité de résultats, ce qui peut s’expliquer en considérant que :

- d’une part, la relation entre l’acte et le droit objectif est beaucoup plus “intense et enveloppante” dans l’“hémisphère publiciste” (en général) que dans le cas (en vertu du principe d’autonomie) de celui de droit “privé” à partir duquel (théorie de l’acte juridique), ainsi, le “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale” est emprunté, la légalité représentant le titre principal (sinon le seul) de justification (juridique et politique) des “décisions d’appareil” ;

- d’autre part, l’ascension même du “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale” à l’avant-garde de la systématique du droit administratif est habituellement ramenée à une “inversion de méthode” doublement régressive ;

le point d'appui a été prêté pour l'occasion, par un argument fondé sur les circonstances des instruments législatifs, lorsque, avec d'interventions normatives, historiques, au point de juridiction administrative (à partir de la Loi Crispi), la locution "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale" devient résultat du choix "politique" consistant à donner, *ratione materiae*, des pouvoirs supplémentaires au juge "spécial", compétent ; de manière à parvenir à une construction dyadique du contrôle juridictionnel des actes administratifs ("de légalité / ultra-légale") en correspondance à laquelle l'acte légal peut être "éliminé" ou "méconnu" «*comme s'il s'agissait d'illégal*» ;

la spéculation contemporaine n'était pas en mesure de tenir compte, de manière univoque, des implications, au point de la connaissance, de cet "accostage" politique : en se limitant à prendre acte par rapport au principe de la séparation des pouvoirs de l'Etat ; avec enracinement conséquent de la tendancielle interdiction, pour les juges administratifs, à procéder à des évaluations étrangères à celles de "légalité objective" de l'acte ;

outre le fait que l'analogie entre les décisions, judiciaire et administrative (possible en termes d'effets matériels), n'implique pas l'identité de caractères ; pour ce qui profite le plus à l'étude spécialisée, on enregistre l'affirmation (à l'attention des interprètes), d'abord, d'une (bien maigre) casuistique de droit substantiel où le fait que les choix administratifs n'étaient pas évalués en termes d'illégalité, n'a pas empêché de configurer comme (pas seulement inopportunes, mais) erronées des décisions administratives manifestement et essentiellement arbitraires ; au point de préfigurer l'énucléation d'une catégorie conceptuelle (controversée) de vices ("en appréciation ultra-légale", tout à fait) distincte de celle de légalité (en effet, si hétérogène comme inconciliable), mais encore en mesure de vicier l'acte ;

l'étape supplémentaire sera alors représentée par l'émergence de la thèse d'une composition hétérogène (en fonction de l'orientation, sous forme d'"éléments constitutifs") de l'acte administratif ;

- d'autre part encore, la limite épistémologique longtemps subie par l'interprète, en traitant les dispositions normatives comme si elles étaient guidées uniquement par le

schéma “hypothétique-casuistique” (indépendamment du moment de l’application), a favorisé la racine d’une conception formaliste de la légalité administrative ; au détriment des potentialités de l’autre, de moule téléologique, qui s’est également développée sous l’expérience présente de l’Etat.

En conséquence : avec la complicité d’une façon d’être (ou de comprendre) le contrôle juridictionnel-administratif, complémentaire à cette condition anachronique de la légalité ; le discours, concernant une évaluation sur l’action administrative en raison du “résultat” économique-sociale, est inachevé ; le premier, aplati comme il est sur le modèle de la “composition” d’un conflit originè (en général) d’un exercice non raisonnable du pouvoir (discrétionnaire / excès de pouvoir).

1.3 “Légalité-justice” des actes comme condition d’une bonne administration et vice “en appréciation ultra-légale” tel que moment “causal” de l’invalidité

Depuis longtemps il a été reconnu comme, même à l’aube de la juridiction administrative, «la légalité de la décision “qu’il n’est pas possible d’examiner toujours et absolument indépendamment de la ‘justice’ et de l’appréciation ultra-légale’ des décisions”. L’utilisation de l’idée de justice, la référence aux principes qui devraient réglementer et réglementent l’activité des autorités administratives, ont été les moyens techniques dont la jurisprudence s’est servie pour venir évaluer, ainsi que le respect de l’acte en ce qui concerne le modèle légal, la “légalité intrinsèque” des décisions. Dans un avis rendu par l’Assemblée Générale du Conseil d’Etat le 15 Novembre 1884, on peut lire une explication complète des principes qui ont guidé la jurisprudence à envisager d’inclure dans sa propre compétence de légalité aussi “l’examen des questions substantielles qui se rapportent à la ‘justice’ des décisions, ce qui est la ‘condition’ d’une bonne administration”, à veiller à ce qu’il y avait ou non des erreurs dans le jugement du fait, à mener l’examen sur les critères et les raisons par lesquelles les autorités ont été guidées dans l’exercice des pouvoirs qui leur sont conférés». Donc, «la légalité de la décision ne s’estime pas -ou, au moins, ne s’estime pas seulement- à l’égard du schéma normatif de

l'acte, mais à l'égard à toutes les circonstances et les actes qui permettent d'identifier la puissance et de déterminer la façon de la fonction comme elle se pose dans la procédure»⁷.

S'il y a accord sur ce qui précède, à côté de celle de conformité de l'acte au modèle juridique, il faut admettre un autre sens, intrinsèque et complémentaire du premier, de légalité : correspondant à l'idée de justice.

Sauf qu'il y a de sérieux doutes sur la valeur technique de l'expression "vices en appréciation ultra-légale" ; donc, sur la possibilité de configurer l'inadéquation comme état vicié de la décision : à partir de l'observation pour laquelle, pour faire valoir l'importance de l'invalidité sur le plan du système juridique, générale, il faut que le vice soit "objectivement vérifiable".

Et en fait, il reste à prouver s'il existe des normes indépendantes ou des règles générales (éléments objectifs de référence) en vertu dequels déterminer quand une décision est appropriée ou non⁸ ; sans parler de la contradiction qui résulterait en raison d'une situation de devoir en termes généraux à laquelle correspondraient des "moyens" pour faire des réclamations, de caractère fragmentaire si non exceptionnel. D'ailleurs, il devrait s'agir de règles "à contenu indéterminé" qui produiraient des effets juridiques à travers l'intégration de contenus qui s'appuient sur les évaluations de fait, confiées par la loi à

⁷A. PIRAS, *Invalidità c) Diritto amministrativo*, *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., part. pp. 606-607. Cons. Etat, sect. reun., le 15 Novembre 1884, *Giur. it.*, vol. 37, 1885, pt. III, col. 118 s.

Cf. aussi R. TOMMASINI, *Invalidità b) Diritto privato*, *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575 s., part. p. 590 et nt. 102 ; D. U. GALETTA, *I procedimenti di riesame, La disciplina generale dell'azione amministrativa* (dir. par V. Cerulli Irelli), Napoli, 2006, p. 393.

⁸Cf. A. PIRAS, *Invalidità....*, p. 610 ; V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 79 s. ; OTTAVIANO, *Studi sul merito....*, p. 308 s. ; CASSETTA, *Attività....*, p. 302.

l'appréciation discrétionnaire de l'administration publique ; où il a été affirmé que les normes d'action ne peuvent être que juridiques, donc à contenu déterminé⁹. Tant et si bien que les incidents réglementaires isolés, avancés par certaines personnes afin de soutenir le point de vue de l'annulabilité *ex officio* pour "vices en appréciation ultra-légale", révèlent une simple contrariété aux fins de ces dispositions qui (à chaque fois) les contempnent : si d'intégrer un vice de légalité, étant donné que les objectifs de la réglementation (pour autant que la détection et l'interprétation ne peut pas être facile) font toujours partie de celle-ci¹⁰.

A regarder de plus près, donc, le premier résultat de ce mouvement "régressif" tout au plus pourrait se justifier, à partir de la perception (en termes de particulière non-valeur) de certaines infractions au principe de bonne administration, en s'appuyant sur leur transmutation (notamment en raison d'aberrations du raisonnement) en excès de pouvoir¹¹.

Pas autant, on aurait pu conclure l'étape ultérieure. Cette dernière, en effet, a été forcée pour la théorie générale de l'acte administratif, car la notion de pouvoir administratif en appréciation ultra-légale ne concerne pas l'acte, mais plutôt l'activité discrétionnaire qui le précède, préétablie à son adoption (ou plutôt, la partie qui, non influencée par des règles juridiques d'action, concerne les choix de "politique administrative", à mettre en œuvre en ce qui concerne l'adoption et le contenu de l'acte lui-même) ; de sorte que l'objet aussi du contrôle judiciaire concerne exactement cette activité ; tandis que l'acte (en tant que résultant d'une certaine activité, réalisée d'une certaine manière) serait exclusivement la référence qu'utiliserait le juge du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale dans

⁹Cf. CASETTA, *Attività...*, p. 327.

¹⁰E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento -b) Diritto amministrativo, Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 484 s., part. p. 490.

¹¹A. M. SANDULLI, *Manuale...*, p. 596 ; OTTAVIANO, *Merito (diritto amministrativo)...*, p. 577.

l'exercice d'un contrôle destiné à la rénovation de l'activité administrative déjà réalisée, afin d'apprécier la bonté des choix discrétionnaires pris par l'administration publique¹².

Le fait est que l'“inversion de méthode” mentionnée annoncera ce virage qui sera définitivement engagé par la théorie de l'invalidité, ce qui mènera d'une qualification de cette idée *quoad effectum* (empruntée à la dogmatique de droit civil de l'acte juridique) à la position centrale reconnue à son profil “causal”¹³. De là, le problème du contenu “en positif” de reconnaître au “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale” (précisément, du point de vue du “vice de l'acte”). De là, aussi, un “état d'incertitude”, au point qu'il s'est affirmée une notion d'invalidité “décrochée” : pas seulement à partir de celle remontante (“*quoad effectum*”), mais aussi par la “nature” des “vices” de l'acte. L'accent cette fois, est mis sur l'“anomalie” d'actes juridiques, qui sont aptes à produire des effets, mais seulement temporaires, autorisée en vertu du principe de “conservation des valeurs juridiques”.

1.4 Indétermination en termes positifs du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale. Résolution de l'intérêt public dans le système juridique ; renforcement de l'excès de pouvoir...

Le fait est que toute discussion sur la question du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale doit être ramenée dans le lit des développements imprimés à la notion de légalité, et à travers celle-ci, dans une perspective de tutelle, à l'intérêt légitime.

En fait, si celui-ci, comme qualification à l'aspiration individuelle, subordonnée à la légalité dans l'exercice du pouvoir public, ne peut garantir qu'à l'intérieur des limites dans lesquelles ce pouvoir est “considéré” par la loi ;

¹²A. PIRAS, *Invalidità c) Diritto amministrativo...*, p. 601.

¹³A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916 (réimpression, Padova, 1986).

si l'intensité de cette garantie dépend de la notion acceptée de légalité *id est*, de la "mesure" dont l'intérêt public se résout dans la loi (l'intérêt légitime ne pouvant être défini que "par rapport à l'intérêt public tellement résolu") ;

dans cette optique, il est facile de comprendre combien l'affirmation des principes d'impartialité et d'efficacité s'est avéré être lourde de conséquences¹⁴.

De là, le perfectionnement du débat sur l'illégalité, tel que (prétendu) "précipité" de droit public (vice typique) de l'idée d'invalidité, conformément à la croyance répandue que dans notre système est en vigueur une "règle générale de bon sens" et que le pouvoir administratif est légitime (du moins, même) sur la base de son exercice rationnel parce que le pouvoir discrétionnaire n'est pas l'abus¹⁵. De là, la double reconduisibilité de ce concept : à la "non-conformité aux lois" (dans le sens de la non-correspondance formelle de l'acte administratif au schéma légal¹⁶), à une acception chargée de sens (d'ailleurs, transversale envers la mentionnée succession de formes d'Etat), de type substantiel¹⁷.

¹⁴Dans le sens de l'essentialité de la perspective de la justice pour la compréhension du droit administratif, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amm.), *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 9 s., part. p. 18.

¹⁵Sur ces réalisations cfr. respectivement : F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, p. 514 ; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935 (maintenant *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, III, p. 533) ; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 6.

¹⁶Sur les événements historiques de la relation entre les types de la légalité, F. BASSI, "*Conformità" alle leggi e "legittimità" dell'atto amministrativo, Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (LIII actes de la convention d'études de la science de l'administration -Villa Monastero, 20-22 Septembre 2007-), Milano, 2008, p. 61 s.

¹⁷Sur la théorie de la distinction entre l'illégalité, formelle et substantielle, on peut renvoyer en plus à l'écrit de F. Bassi avant cité, au célèbre étude de SANTI ROMANO - M. D'AMELIO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, *Riv. dir. pubbl.*, 1929 (reproduit en SANTI ROMANO, *Scritti minori*, Milano,

Ainsi, de même, un (bien que non-linéaire) enrichissement du contrôle judiciaire en termes de résultat¹⁸. Ainsi, eu égard à l'évolution imprimée, par la notion de "légalité étendue", au contrôle sur l'excès de pouvoir (en particulier de la partie de la jurisprudence et avec effet à partir de l'enseignement de Ranelletti d'abord, benvenutiano ensuite¹⁹) : précisément, conduisant le jugement de la légalité, du seuil de la conformité ou non au modèle juridique (propre du vice de violation de la loi), à la dignité d'un contrôle sur l'exercice correct et raisonnable de pouvoir discrétionnaire ou sur le déroulement de la fonction (selon les conceptions les plus avancées et partagées) c'est-à-dire (en définitive), au rang de mesure de la déviance de l'acte de l'utilité (poursuite de l'intérêt) public²⁰.

1950, II, p. 275 et suiv.). Cf. aussi, en général : R. RESTA, *La giustizia amministrativa*, Bari, 1950, p. 74 ; G. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1958, p. 95.

¹⁸A. ROMANO, *I caratteri della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 s., part. p. 695 s. Le sillon est toujours celui tracé par A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939 et maintenant *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 370 s. (où on reconnaît, dans le principe d'opportunité, «une mesure de l'action par rapport à son résultat» ; notant aussi «l'incidence des soi-disant règles de bonne administration non sur le choix même de l'action ...dominé par l'art politique et l'intuition, par la perspicacité du fonctionnaire, mais sur son contenu, dans le sens de son adéquation la plus appropriée à l'issue») ; M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939 (qui attire le résultat, si ce n'est en termes de légalité, dans une zone très proche, en reconnaissant le but juridique d'un acte exclusivement dans la "modification juridique du monde extérieur").

¹⁹O. RANELLETTI, *Lezioni di diritto amministrativo -La giurisdizione amministrativa-*, Napoli, 1924, pp. 1-44, 121 s. ; F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 s. ; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118. Cf. aussi P. GASPARRI, *Eccesso di potere* (diritto amministrativo), *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 124 s. ; G. DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere amministrativo*, Padova, 1973 ; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976, part. p. 16 s.

²⁰O. RANELLETTI, *Nota à Cass.*, sect. un., 25 Janvier 1928 n. 402, *Foro amm.*, 1928, II, coll. 68-72. Cf. aussi : ROMANO TASSONE, *Tra diversità...*, p. 1123 ; G. CORSO, *Validità* (diritto amministrativo), *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 85 s., part. p. 91 s. En ce sens, est préservé comme actuelle la reconstruction faite par F. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, p.

Dans ce contexte une “notion moderne” de l’intérêt public a été élaborée, comme n’appartenant plus à l’administration, mais à l’ensemble du corps social : lié à un franchissement définitif de l’interprétation ritualiste de la légalité, de manière à faire ressortir (en fait) le point de vue substantiel²¹ ; résultant, dans le siège de poursuite, «*de la comparaison pondérée de tous les intérêts en jeu dans l’exercice du pouvoir*»²². D’autre part, juste une comparaison entre les systèmes juridiques nationaux donne l’impulsion pour une telle orientation : de cette branche de l’enquête on ne pouvant pas s’empêcher de noter que l’évaluation de la prééminence entre les “qualités requises” de l’acte (la légalité et l’intérêt public à son affirmation-conservation) perd définitivement le minimum de stabilité qui pourrait donner un semblant “ontologique” à l’intérieur de chaque système : puisqu’il convient, de temps en temps, à l’une ou à l’autre des mêmes qualités requises²³.

1.5 ...absorption partielle du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale dans le domain d’un pouvoir discrétionnaire “externalisé”

La nature récessive de la cognition ultra-légale, comme un jugement sur l’opportunité, va de pair avec l’accentuation de la nature juridictionnelle de la cognition du juge administratif. Si, en fait, le contrôle sur l’opportunité administrative d’une décision ne peut pas être ancré à des règles juridiques, il ne peut conduire à un jugement au sens

449 s., part. p. 459 ; ceci grâce aussi à sa “redécouverte” récente par A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull’eccesso di potere*, *Dir. pubbl.*, 2000, p. 462 s.

²¹E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, p. 9.

²²En ces termes s’exprime D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, pp. 7-8 (sauf développer, en cour d’œuvre, les criticités du thème).

²³D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell’atto amministrativo definitivo, *certezza del diritto e potere di riesame*, *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 s., part. pp. 728-730.

juridictionnel ; tout au plus, il peut assumer le caractère d'un contrôle administratif. Donc, il arrive que : tandis que la figure de l'excès de pouvoir s'élève à synthèse des moyens de subsumibilité du pouvoir discrétionnaire dans le procès de légalité, du point de vue de la garantie (en particulier, en ce qui concerne le caractère raisonnable de la comparaison des intérêts en jeu et de ses résultats) ; le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale reste relégué à l'état de critère d'instruction et de décision (mais pas de jugement). Plus précisément, le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale - opportunité prend forme en tant que critère pour la perception de l'utilité, de la bonté de la décision par rapport à l'état de fait ; de manière à imposer une reconnaissance du fait (non du point de vue de la coexistence de intérêts différents et opposés, mais) comme interposé par la décision et ensuite comparé au pouvoir exercé²⁴.

1.6 "Etat de l'art" actuel et premières perspectives d'un discours "interdisciplinaire"

Avec le temps, la connotation fonctionnelle de l'excès de pouvoir a été étendue afin de combler la dénivellation entre la "notion positive" et celle "théoriquement possible" de "légalité", par la jurisprudence²⁵.

²⁴G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, Riv. trim. dir. pubbl., 1972, p. 1861 s., part. p. 1888 s.

²⁵*Ex multis*, cf. : T.A.R. Lazio, Roma, sect. I, 8 Juillet 2013 n. 6672, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, p. 2326-2327 (dans le sens du dépassement de l'équation conceptuelle entre pouvoir administratif en appréciation ultra-légale - opportunité et discrétionnalité technique, cette dernière susceptible de contrôle juridictionnel dans les cas dont le vice d'évaluation empiète sur l'illogisme) ; T.A.R. Marche, sect. I, 22 Juin 2012 n. 444, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 1918-1919 (à propos de la formation d'un jugement ultra-légale, en ce qui concerne les choix effectués par l'administration publique en la circonstance de l'adoption des instruments urbanistiques, à moins que les premiers ne sont pas invalidés par erreurs de fait ou par illogismes anormals) ; T.A.R. Toscana, sect. II, 5 Février 2010 n.

Le fait est que le vice d'excès de pouvoir a été soumis à des "alourdissements" et à des "confusions conceptuelles" : il est cependant en présence d'une analyse "d'origine empirique, et aussi à destination empirique" ; telle, dans sa structure logique et juridique. Ces conditionnements sont appréciés (dans l'exacte mesure) en ne considérant que la "signification profonde" de la légalité en comparaison avec le procès ; mais, comme beaucoup plus important dans cette phase de l'analyse, cette figure a donné lieu à un puissant obstacle au chemin qui reste à faire : il ne serait pas utile à cette fin, car *«il est presque toujours un moyen indirect pour l'évaluation de vices qui ...relèvent directement ...de toute façon, où ils pourraient légitimement entrer dans le domaine de la légalité comme figures de violation de la loi»*²⁶.

Ce n'est pas par hasard, surtout à partir du moment où la L. n. 241/1990 a solennellement affirmé que les principes d'économie et de coût-efficacité sont des critères de l'action administrative (article 1), en dépit d'une sous-estimation générale de ce précepte, il y a eu des voix doctrinales qui ont cherché à en tirer des implications importantes.

D'une part, on a en effet reconnu, à cette affirmation législative, une force innovante plus puissante et directe : elle fournirait une disposition définitive à la matière, car, selon la même, les critères normatifs de coût-efficacité et d'efficacité traduisent dans l'activité administrative ce principe de bonne administration, en vain interprété comme utile dans le seul but de l'organisation des administrations publiques²⁷.

188, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2010, pp. 417-418 (conformément à l'arrêt précédent, cette fois en sujet de jugement médico-légal sur l'aptitude physique et psychique à la conduite des véhicules à moteur).

²⁶F. G. COCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, Nuova rass., 1981, p. 1376 s., part. p. 1381.

²⁷De CASSETTA, *Attività...*, p. 302. Cf. aussi : B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, *Trattato di diritto amministrativo* (dir. par G. Santaniello), Padova, 1993, III, p. 327 ; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi : vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, pp. 366-368 («Tout de même on arrive au

D'autre part, on a été observé que *«aujourd'hui, le soi-disant vice en appréciation ultra-légale, n'est rien d'autre qu'une infraction aux principes d'économie et de coût-efficacité qui sont maintenant ... des principes constitutionnels du droit administratif»,* "positivisés" dans la loi générale sur la procédure et sur l'activité administratives : selon laquelle, on se trouverait devant "une catégorie spécifique de vices de légalité". En conséquence, l'effort fait par la pratique, qui "a contrebandé, jusqu'au jourd'hui, les vices en appréciation ultra-légale tels que des vices d'excès de pouvoir", a été réduit, dans son rôle et dans son utilité ; et on s'est demandé *«si l'infraction aux principes de coût-efficacité et d'économie dans un acte administratif, ne devrait pas être syndiquée avec la même amplitude avec laquelle est autorisé le syndicat des vices de légalité traditionnels lorsqu'il s'agit d'une atteinte directe, personnelle et actuelle d'un intérêt du citoyen»²⁸.*

Comme on peut le voir, ce débat (non par hasard "volontariste"), en se référant au discours sur le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, trahit la même faiblesse de l'argumentation, n'aidant (pas plus qu'a fait la même affirmation constitutionnelle du principe de bonne administration) à une "réhabilitation" de cette figure (en lui restituant un contenu et un relief juridique, autonomes). De là, le choix de "revisitation" expérimentale, de ce discours, sur le plan dogmatique et avec l'aide épistémologique ; en perspective, afin de vérifier sa compatibilité avec le système actuel de justice administrative (pour laquelle on renvoie à une prochaine publication complémentaire sur le même site web).

2. APPORT ÉPISTÉMOLOGIQUE ET "MOYENS" APPROPRIÉS À APPORTER UN RELIEF JURIDIQUE AU POUVOIR ADMINISTRATIF EN APPRÉCIATION ULTRA-LÉGALE. IMPLICATIONS

résultat, extrêmement considérable, d'inclure l'inadéquation, et donc les vices de pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, dans la catégorie plus large de l'invalidité de l'acte administratif»).

²⁸F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, p. 207 s.

2.1 Limites actuelles d'une logique du résultat appliquée au pouvoir administratif en appréciation ultra-légale

D'après ce qui a été décrit dans le chapitre précédent, il ressort que :

- Une fois compris le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale (comme processus décisionnel "à base subjective" -dans le sens traditionnel-) dans un rapport "au tiers exclu" avec la légalité ;

- *«Il est inévitable que la notion elle-même de "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale" tend à vaciller et enfin à se dissoudre, soit en ce qui concerne la réduction de son champ d'application, soit -et surtout- en ce qui concerne l'identification de son essence, qui est de plus en plus difficile et incertaine, au fur et à mesure que le processus de définition de l'intérêt public, concret de la part de l'administration va perdre son caractère impondérable et dans une certaine mesure mystérieuse, pour capturer les cadences objectives et impersonnelles qui le rendent de plus en plus intimement connaissable par le juge»²⁹.*

En fait, toujours sur le plan logique, rien ne s'oppose à exclure le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale - opportunité du nombre même des "composants" exigées par le système pour la validité juridique de l'acte administratif (dans un cadre plus large de la "légalité") ; avalisant ainsi une solution de politique législative non poussée au-delà du seuil de la "limite téléologique" (de but) imposée par la loi : selon laquelle (seulement) ces déterminations, qui sortent par un bon exercice de la fonction administrative, déterminant le vice (de légalité) typique de l'"excès de pouvoir", ne peuvent pas rencontrer "légitimation". Non par hasard, la "crise" du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale se perfectionne simplement en concomitance avec un "externalisation" du pouvoir discrétionnaire, sur le plan du système général (sous le signe de l'excès de pouvoir) ; sans

²⁹A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende...*, p. 528 s., part. pp. 530-533.

impact particulier sur le chiffre global de l'expérience juridique, à l'exception d'un certain débat doctrinal et de la création (entre les "pratiques") de modèles de pensée anachroniques associés à la "suite" terminologique.

Donc, afin de parvenir, de toute façon, à la conclusion de l'existence d'un espace de contenu autonome, réservable au "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale", avec des implications sur la façon de sa signification juridique, il faudrait :

- en exclure la correspondance avec un objectif de conservation et de protection du système juridique (dans ce cas, en effet, on ne serait pas en mesure d'identifier la distinction avec la légalité) ; dans ce point de vue, on ne pourrait plus être (assimilé ou de quelque façon) renvoyé à un contrôle de "proportion" entre le contenu de l'acte et le résultat ;

- pouvoir rapporter à cette locution une double prévision de "moyens" (institutions) de droit positif : dirigés vers la vérification de "la manière à effectuation du principe d'opportunité" ainsi que, dirigés à rendre efficace ce dernier ; sauf à souligner que le contrôle ou jugement d'opportunité ne nécessite pas la seule vérification si le système prédispose des institutions qui assurent limites positives dans la délibération de l'acte, en dehors du cas normatif de ce dernier ; aussi, étant nécessaire d'identifier des paramètres par lesquels celle vérification doit être faite, car *«aucun contrôle ou jugement implique une mesure, un critère, un canon par lequel il devient signifiant, ou objectif»*³⁰.

La valeur de cette "approche" ne s'arrête pas au franchissement de celle, longtemps diffuse parmi les opérateurs du droit, qui n'était pas en mesure d'aller au-delà de la détermination "en négatif" (distinction de la légalité et correspondant incontestabilité). En fait, il faut reconnaître qu'on était allé ainsi au-delà de la bonne connexion entre l'"appréciation ultra-légale" et l'évaluation discrétionnaire : pour signifier non seulement

³⁰E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, Riv. trim. dir. pubbl., 1957, p. 293 s., part. pp. 324-325.

que le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, en tant que mesure de la correspondance à un résultat, rentre dans la partie de l'activité administrative rapportable à l'exercice de ce pouvoir ; aussi résultant une meilleure définition de l'interférence entre les concepts d'"appréciation ultra-légale de l'acte administratif", "activité discrétionnaire", "contrôlabilité judiciaire".

En outre, grâce à l'orientation, comme expliqué ci-dessus, on est en mesure d'offrir une disposition systématique, satisfaisante, ainsi qu'au principe de bonne administration (et à son ambivalence), à celui d'"équité". Ce dernier, selon les circonstances, pouvant : se ramener à la même bonne administration et, par elle, à la légalité (dans son acception purement programmatique³¹) ; sinon partager la même zone du "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale", se distinguant de ce dernière pour être révolte, plutôt qu'à un profil "utilitaire" (qu'on s'épuise dans la même organisation, bien que projeté dans tous les cas vers l'intérêt public), à la relation entre l'administration publique et les citoyens.

Sauf que, le dépassement de la coïncidence avec un objectif de conservation et de tutelle du système juridique, implique de remplir de contenus l'écart entre la "notion en positif" et celle "théoriquement possible" de "légalité". À cette fin, il est nécessaire de se baser sur un modèle normatif de type alternatif qui permet de dépasser cette "invariance" traditionnelle du contrôle ; c'est pourquoi : jusqu'au moment où le premier reste divisé sur la base de la "conformité-prévisibilité" plutôt que sur le "résultat" dans le plein sens du terme, le jugement (bien que centré sur l'intérêt public) fonctionne sur la base de "situations

³¹A. C. JEMOLO, *L'interesse come presupposto dell'annullamento di atti illegittimi -licenziamento in via eventuale-* (note à Cons. Etat, sect. V, 21 Février 1931), *Foro it.*, 1931, III, col. 113, part. col. 114 ; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, p. 257 ; F. CAMMEO, *L'equità nel diritto amministrativo*, *Annuario della regia università di Bologna*, 1924, p. 16 ; F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, *L'equità* (actes de la conférence du Centre national pour la prévention de la défense sociale - Lecce, 9-11 Septembre 1973), Milano, 1974, p. 83 ; ID., *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo : alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22, Milano, 1993, p. 413.

symptomatiques” qui révèlent l’endurance d’une approche “casuistique”. Tandis que, le plein exercice d’une logique du résultat ne peut que commencer par un modèle juridique capable de s’affranchir d’un rangement artificiel “a priori”. Ce n’est que dans ces conditions que peut être essayée sur le plan (pas seulement empirique, mais) du système, la possibilité de retailler un espace autonome de contenu au “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale”, avec des implications sur son relief juridique (des moyens qui le justifient).

À cette fin, il devient nécessaire d’avoir recours, en premier lieu, au plan de l’analyse philosophique et scientifique.

2.2 Apport épistémologique et contenu-valeur autonomes du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale

À condition d’être d’accord que la stratégie décisionnelle à base de l’action administrative (dans le sens benvenutoien du terme³²) réfléchit la “multipolarité” de la discipline de repère ; lorsque celle-ci s’accroche sur le lien conditionnel “si ...alors”, avec une réduction de l’expérience de régulation au sein de structures “rigides”, un sacrifice de la “matérialité” (du profil axiologique- réel) se produira. C’est, en fait, une conception de la légalité disposée : à la réduction du rôle des intérêts, au nom d’une idée d’ordre centrée sur la sécurité-prévisibilité (l’horizon du passé) ; plutôt que à “dominer et pénétrer la fluide

³²F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana (linee positive e prospettive)*, Padova, 1996, p. 177, où, dans la classification de l’activité par rapport à un usage particulier avec lequel il est poursuivi, il est préférable d’utiliser le terme “action administrative” ; ID., *Appunti di diritto amministrativo -pt. gen.-*, Padova, 1955.

matière de la vie sociale”, en la favorisant dans l’oeuvre inévitable de simplification de la complexité des conflits³³.

Tandis que, le long de l’“horizon de l’avenir” (“conséquentialiste”, comme dans le cas de “types” d’actes “à efficacité durable” -*rectius*, qui se réfèrent à des situations dotées de dimension temporelle-), la stratégie décisionnelle à la base de l’action ne pourra être évaluée que par rapport à la forme différente d’“autonomisation” de la loi.

Dans ce contexte, à l’exercice d’un pouvoir fondamentalement discrétionnaire, tel que celui administratif, correspondra (en constance d’effets de la disposition de base) plutôt que le “contact instantané”, réglementé à l’égard de conséquences prévisibles ; le “rapport” entre les porteurs des intérêts (publics et privés), tel que régis par un “statut” sensible aux effets concrets. La perspective indiquée : d’une part, met l’accent sur la limite de la théorie de l’excès de pouvoir qui (précisément), par énucléation de situations symptomatiques, contraint le “contrôle” de ce pouvoir dans les espaces les plus étroits de l’horizon du passé (hypothétique-casuistic) ; et, d’autre part, contribue à élever le “résultat” (ou plutôt, un intérêt général, concret), tel que résultat d’une activité de gestion, de critère d’évaluation de l’activité³⁴, à paramètre du syndicat du juge administratif et du relatif jugement sur la validité (ou non) d’un acte administratif³⁵. Ce qui connaît un sceau significatif déjà en

³³D’après la contraire défense de E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II edict. revue et augmentée par G. Crifò, Milano, 1971, p. 103. Encore une fois dans l’optique de la théorie générale, A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. - I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, part. p. 184 s., se concentre sur la nécessité, dans une conception non formelle du droit, de se doter d’«un système de réglementation respectable..., car non-déborder en dimensions du fait d’être pratiquement inconnaisable et non-affectée dans sa pratique possibilité de réalisation par des vices de désarticulation, contingence, ambiguïté».

³⁴F. G. COCA, *Attività amministrativa, Enc. dir. - vol. de mise à jour, VI*, Milano, 2002, p. 75 s., part. p. 100.

³⁵A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”, Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, I, p. 818 s., part. p. 819 ; M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato, Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 s., part. p. 115 ; G. CORSO, *Amministrazione di risultati, rapport en Innovazioni del diritto*

quelques-unes des contributions normatives (articles 20 et 20bis de la loi n. 59/1997 ss.mm.ii. -en thème de simplification-, art. 1 de la loi n. 241/1990 -à propos du devoir de ne pas aggraver les procédures administratives-, etc.) d'ouverture à la "culture du résultat" en se référant à l'issue de décision (d'une procédure)³⁶ ; en étendant à celui-ci des principes généraux du système juridique tels quels de coût-efficacité (économie et efficacité), de façon à remplir d'ultérieurs contenus l'idée de légalité administrative³⁷.

La conséquence est que le "type" de "révision" éventuellement adopté ne dépend pas (de la "nature" du vice -légalité / en appréciation ultra-légale-, ni de l'apparition du même -originaire/survenu- mais) du profil téléologique-fonctionnel qu'on a entendu préserver (dans les circonstances concrètes).

amministrativo e riforma dell'amministrazione (conférence AIPDA, qui s'est tenue à Rome le 22 Mars 2002), publ. dans *AIPDA Annuaire 2002*, Milano, 2003, p. 127 ; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo : le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 151.

³⁶Sur même sujet : ROMANO TASSONE, *Sulla formula...*, p. 818 ; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa...*, p. 100 s.

³⁷Selon ce qui a été déjà prévu par F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., part. p. 136. Cf. aussi F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, *Giur. compl. Cass.*, 1950, p. 914. À propos de l'entrée progressive des critères de la coût-efficacité et du résultat dans le "contrôle" du juge administratif : P. CARNEVALE, *L'esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*, *T.A.R.*, 1999, II, p. 385 ; R. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, *Foro amm.*, 1996, p. 2500. Sur le nouveau sens de la légalité et la conséquent difficulté à ramener le principe à l'unité : L. IANNOTTA, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato, Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (actes de la conférence de Macerata, du 21 au 22 Mai 1999), par C. Pinelli, Milano, 2000, p. 37 s. ; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003 ; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, *Dir. pubbl.*, 1995, p. 93.

À ce point, le discours dogmatique doit être complété à l'égard des limites déjà dénoncées d'un concept moderne de légalité administrative qui est basé uniquement sur l'élément "volontariste" (bien que constitutionnel) concernant l'intérêt public. À cette fin, il peut être utile de commencer par les connexions suivantes : *«bien que dans la pratique et la doctrine, on parle d'un pouvoir discrétionnaire, en fait, le système administratif ne connaît pas de "règles en blanc". L'Administration agit toujours à travers la mise en œuvre des préceptes et donc n'a pas la capacité d'en poser de nouveaux. La sphère du pouvoir discrétionnaire appartient seulement au moment de l'interprétation de la règle, dont sont extrait tous les contenus préceptifs possibles et ceci en présence de règles de caractère synthétique dont l'Administration révèle (ou discerne) l'extension possible. Pas autrement que par l'analogie qui appartient (mais avec des fonctions différentes) au domaine de l'herméneutique»³⁸.*

Si, donc, la stratégie décisionnelle à base de l'action administrative reflète la "multipolarité" de la discipline de référence ; si au pouvoir discrétionnaire correspond la "relation" entre les porteurs des intérêts (publics et privés), lequel est supporté par un "statut" sensible aux effets concrets ; puisque cette sphère appartient au moment interprétatif de la règle ; ce dernier, en correspondance de l'attribution d'un pouvoir discrétionnaire, ne peut pas être réduit à une opération préalable et autonome par rapport au moment d'application (en tant que telle, caractérisée "a priori" par la donnée (dépassée) de valeur formaliste d'un "même intérêt" originaire-primaire).

Fondamentalement les études d'herméneutique (juridique) et sur l'activité cognitive de l'administration publique (en tenant compte de la croissante complexité de ses fonctions) ne méconnaissent pas une "distinction logique" entre les deux profils opérationnels (ceux pour lesquels le même phénomène peut être aussi bien "évalué" -se référant à un critère de valeur- que "qualifié" -engagé dans une classe- sont en fait des jugements différents qui, sur

³⁸F. BENVENUTI, *Disegno...*, pp. 195-196 s.

ce plan, s'excluent mutuellement³⁹). Signe de la conscience d'éviter toute élusion de la nature problématique inhérente au processus de compréhension : tant au niveau proprement herméneutique, qu'au niveau (interdépendant) de conception du pouvoir (y compris celui discrétionnaire) et des ses limites (liberté de l'action administrative et protection des droits des citoyens)⁴⁰.

Par ailleurs, le relief substantiel de l'intérêt public (comme concret), pousse en faveur d'un schéma (non linéaire -sur l'hypothèse d'un sens objectif, préexistant, auquel l'interprète aurait accès-, mais) circulaire⁴¹ ; en raison d'un "dialogue cohérent", dans la

³⁹R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 13, où on expose une distinction pour les objets : l'interprétation concernant des textes ; l'application, des règles dans le sens strict ("entendues comme le contenu signifiant des textes normatifs").

⁴⁰Comme on le sait, à la contribution de M. S. GIANNINI il doit l'émancipation du pouvoir discrétionnaire par les manifestations d'interprétation (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), comme l'explication selon laquelle l'activité administrative (même lorsqu'elle se présente avec les caractéristiques du pouvoir discrétionnaire) reste (essentiellement soin d'intérêts, mais formellement et) fondamentalement une exécution de la loi" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

⁴¹Dans le premier sens : M. S. GIANNINI, *L'interpretazione...* (dont rend compte F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 s., part. pp. 1046 et 1053 s.) ; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge, Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. Cicu - Messineo), Milano, 1980. Rejette catégoriquement l'hypothèse d'une signification objective, préexistante que l'interprète actuel serait tenu à dévoiler, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, *Dir. econ.*, 1998, p. 503 s., part. p. 505. Il n'en demeure pas que la règle ne peut pas se dissocier artificiellement du contexte dans lequel elle est appliquée (D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 95). Àu besoin, pour les relatives références, on peut de renvoyer à P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 1.6. De la difficulté à établir une distinction entre les évaluations de l'intérêt public et le complètement ou l'intégration de la règle qui doit être appliquée : M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo applicativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 55 s., part. p. 106 s. ; nonché, P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi : vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 293 s.

prise de conscience de l'influence mutuelle (même en termes de "pré-compréhension" du juriste⁴²). En effet, que l'interprétation des textes normatifs vise à les appliquer à une réalité définie et circonscrite, est confirmée par l'art. 12 des dispositions préliminaires au cod. civil (intitulé "interprétation de la loi"), qui commence ainsi : «*dans l'application de la loi...*».

Le fait est que le fondement de la compréhension, dans le processus d'application, reste commune : il en résulte la "relation dialectique" (mouvement circulaire) qui, à partir du "droit" (*quaestio juris*), conduit à la "réalité" (*quaestio facti*) pour revenir au premier. En d'autres termes, tout jugement (quelqu'il soit) n'est pas à envisager comme un *quid en soi*, mais comme le résultat d'une activité (et pas seulement sous un aspect statique, mais aussi dans une visuelle dynamique) : considérant la compréhension comme un moment "essentiel et inévitable" dans la tâche complexe d'application de la loi à un cas spécifique.

À ce point, résumant le double discours relatif aussi bien aux "horizons" distincts du système juridique (hypothétique-casuistique et conséquentialiste) qu'à la relation dialectique entre l'interprétation et l'application des textes normatifs, on peut tirer les premières conclusions. Ainsi, si à la dichotomie stratégique "des règles / de la fonction" (telle que réfléchit, tout à fait, l'horizon normatif de référence), peut se superposer celle entre la constatation et l'évaluation discrétionnaires ; il s'ensuit que cette dernière doit être

⁴²À la philosophie herméneutique et à l'herméneutique général, poussées au-delà de l'objectif méthodologique de se constituer une connaissance scientifique, on doit : aussi la découverte que les conditions ontologiques de la compréhension ne sont pas toutes rapportables dans le cadre d'un "processus" ou un méthode, que la rétranscription du cercle herméneutique (pas plus entre les "parties" et l'"ensemble", mais) entre le "pré-compréhension" (anticipation précognitive) que l'interprète (l'"y avoir") déjà possède du sens de la "chose" (en fait, le texte normatif) et cette dernier (au besoin, on peut renvoyer, respectivement : à M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Halle -Allemagne-, 1927 ; ainsi que à F. SCHLEIERMACHER, *Hermeneutik und Kritik*, 1838 et H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, sur la pensée de lequel s'attarde G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984).

comprise aussi comme décision concrète donc, résultat ; sens, celui-ci, “dominant” pour un précis ordre de arguments et en raison de ses implications.

Venant, pour le moment, à la question des implications, à l’égard de l’examen du processus de formation de l’acte administratif, discrétionnaire ; seulement en adhérant au modèle logique-circulaire de compréhension-application, on est en mesure d’apprécier que le jugement de valeur et concret logiquement n’anticipe pas la décision volitive, mais s’identifie avec la même, se dessinant progressivement. Sinon, dans l’optique de la théorie logicistique de la décision (qui l’assimile à un syllogisme pratique), la duplication des phases (position de la règle du cas concret et détermination de la décision suivante) se révèle non seulement une complication inutile⁴³, mais (ce qui est pis) une aberration du processus.

Donc, si on accepte l’enseignement selon lequel le pouvoir discrétionnaire, comme jugement pratique, descend d’une comparaison et pondération quali-quantitative des intérêts (publics et privés) immanents dans un certain contexte social⁴⁴ ; à la lumière de ce qui précède sur le plan herméneutique, on doit bien comprendre la synthèse suivante qui présente l’identification de l’évaluation discrétionnaire (comme activité de l’intellect antécédente au moment de la formulation définitive de la volonté) avec une fixation de la

⁴³B. CROCE, *Filosofia della pratica : economica ed etica*, Bari, 1923, part., pp. 27-28. La pensée du Croce a été critiqué pour la réduction des celle juridique à activité pratique en termes très généraux (*oeuvre ci-dessus citée*, p. 147 s.), négligeant à la fois le fondement de la réflexion historique et le relief donné à la réalité de l’application de la loi (*ibid.*, p. 328, mais cfr. ainsi, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1965) sur lequel (par contre) insiste la doctrine qui a assimilé celle leçon. Pour l’importance de la pensée du Croce sur les problèmes de l’histoire et de science du droit, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un’indagine metodologica-*, *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 s. Cf. aussi : P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, maintenant dans les *Etudes sur le procès civil*, V, Padova, 1947, p. 41 ; LUIGI (GINO) GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, où de façon cohérente on fait suivre la réévaluation des cas concrets et l’approfondissement (philologique pourrait être défini) des textes de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine ; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

⁴⁴M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale...*, p. 74.

valeur de l'intérêt essentiel (ou primaire) en fonction de celles secondaires⁴⁵. Est-il vrai que, particulièrement en ce qui concerne les dispositions dans lesquelles le choix du comportement satisfaisant peut être réaffecté à un organe de l'appareil préconçu pour la protection de l'intérêt considéré (pris comme canon de comportement), ce dernier soit toujours identifié de manière extrêmement générique, à travers un processus inévitable de standardisation. Aussi bien, l'identification de cet intérêt "canonique" a lieu à un niveau de remarquable abstraction, puisque le même est considéré isolément par rapport à tous les autres intérêts. Néanmoins, l'élément global d'expérience démontre qu'il n'y a aucun intérêt, identifié par une disposition de la loi, qui, dans le contexte de l'action concrète, ne puisse être trouvé diversement connecté à d'autres (lesquels, à leur tour, même en l'absence d'une disposition de la loi, ne peuvent qu'être pondérés par ceux qui sont obligés de faire le choix)⁴⁶. C'est alors intuitif (et plausible) que *«fixer le relief et l'importance d'un intérêt dans ou devant une constellation d'autres intérêts n'est pas œuvre de raison, même si subjective : c'est déjà opter pour une valeur plutôt que pour une autre, c'est déjà équivalent au choix, c'est-à-dire en dernière analyse à volition»*⁴⁷. Par conséquent, *«ce n'a vraiment aucun de sens de prétendre, comme il a parfois été fait, que l'intérêt public identifié par la norme comme essentiel, constitue l'ordre immuable et prédéterminé, une limite ou contrainte, il est interne ou externe, du pouvoir discrétionnaire»*⁴⁸. Tandis que, sur la seule considération du procès herméneutique-applicatif, selon un modèle "circulaire" (en trouvant une favorable bande épistémologique dans l'apport du "rationalisme critique" au problème de la "calculabilité" des conséquences de la décision), on peut garantir à la

⁴⁵M. S. GIANNINI, œuvre ci-dessus citée, p. 77.

⁴⁶M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 97.

⁴⁷F. LEVI, *L'attività conoscitiva* ..., p. 220 s., part. pp. 226-227.

⁴⁸A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa, Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 s., part. p. 77.

“fonction” une rapportabilité au élément globale d’expérience, avec une correspondante maximisation des adhésions de la part des “intéressés”⁴⁹.

Mais, la limite épistémologique évidemment résultant de l’incapacité (sous forme de pré-compréhension) à se dédouaner des conditionnements de la tradition, transfusés dans une idée prédéfinie d’intérêt public (“officiel-primaire”), pénalise ce discours dans ses possibles développements. Lorsque le réexamen consiste en un renouvellement des appréciations réalisées par l’administration “en premier degré”, le fait de se déplacer le long de l’horizon normatif “tourné vers l’avenir” (des conséquences dans le contexte d’intérêts - qualifiés- non originaire, mais présent au moment de la réévaluation) ne peut pas signifier nécessairement coïncidence avec le domaine de la “non-légalité” et que, par conséquent, le seul moyen de “retrait” qu’on peut employer est la révocation. Il faudra plutôt vérifier si ce réexamen sera résolu (ou pas) dans un jugement de contradiction avec l’intérêt public comme en fait évolué ; ou autrement, dans une évaluation (il reste à vérifier dans quelle mesure elle peut être “objectivée” donc, institutionnalisé) d’“amélioration”, à la lumière d’un concept “moyen” d’opportunité sur lequel il n’y a pas de “vice”. Avec ce qu’il en découle : à propos de la “nature” du contrôle “ultra-légale”, qui tend à se présenter non pas comme “autre” par rapport la “légalité”, mais simplement comme un approfondissement du contrôle dans lequel cette dernière s’exprime ; aussi bien qu’en termes de cohérence avec la règle constitutionnelle interdisant les exclusions ou les limitations, à des moyens particuliers de recours, lorsqu’il s’agit de questions de tutelle juridictionnelle contre les actes de l’administration publique ; aussi bien en ce qui concerne la modulation des effets de “retrait” (non plus forcée dans le dualisme radical “rétroactivité / non-rétroactivité”) ; aussi bien que sur les profils fonctionnels des institutions de l’auto-tutelle (dans leur relation mutuelle ; que, par rapport aux formes d’exercice consensuel du pouvoir publique)

⁴⁹F. LEVI, *L’attività conoscitiva...*, pp. 227-228. Sur le rôle de la science dans la convergence de “loi” et “action”, ainsi que sur la contribution du “rationalisme critique” par rapport au problème de la “calculabilité” des conséquences, on peut de renvoyer à P. COTZA, *Potere autoritativo...*, par. 1.2.1. et 1.4. (*ibid.*, texte correspondant à nt. 188).

; aussi bien qu’au point de la responsabilité (professionnelle, politique, etc.) que doit être vérifié par les autorités compétentes (le supérieur hiérarchique, de surveillance, etc.).

À ce point, en s’appuyant sur le discours dogmatique avant mené qui ne connaît pas de contre-indications dans le potentiel fonctionnel que la Constitution de la République permet d’attacher au principe de la bonne administration, il serait possible d’“isoler” un contenu autonome du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale, correspondant au “degré” d’utilité - juste proportion de l’acte au résultat, à la réalisation des fins publiques (général et spécifiques) qui sont-lui intrinsèques. Sauf à s’interroger sur la valeur de cette condition : de type purement administratif ou juridique.

Dans cette perspective, la nature subjective du processus décisionnel ne serait plus propre au pouvoir administratif en appréciation ultra-légale qui, comme forme de contrôle, pourrait disposer soit des règles extra-légales soit du principe de bon sens.

2.3.1 Moyens appropriés pour assurer “la façon d’exécution du principe d’opportunité”, ainsi que pour “rendre celui-ci efficace”. Introduction...

Un discours “épistémologiquement orienté” serait réduit à un pur (autant qu’insignifiant) exercice dogmatique s’il n’était pas accompagné par la confrontation d’une disposition conforme de droit positif indiquant l’existence de “moyens” : propres à établir la “façon de rendre effectif” le principe d’opportunité et directs à le rendre efficient ; aptes à soutenir la connotation fonctionnelle proposée afin de restituer une dignité juridique autonome au pouvoir administratif en appréciation ultra-légale dans un contexte de “légalité élargie” tel que celui actuel (propre d’un Etat “interventionniste” qui s’est dépouillé des vêtements d’une organisation centralisée).

Malgré l’abolition (effectuée par le Décret-législatif no. 40/1993) du contrôle ultra-légal sur les actes administratifs régionaux (d’ailleurs, déjà configuré comme facultatif dans le texte de l’art. 125 de la Constitution alors en vigueur) a entraîné une réduction significative des moyens en supposant une évaluation d’opportunité des choix des autres

(recours administratifs, approbations, autorisations, homologations) ; de toute façon on peut en trouver, dans le système juridique, général, d'ultérieures en mesure de répondre à une instance fonctionnelle de bonne administration en termes essentiellement "d'améliorations".

2.3.2 ...*Typologie*

Il s'agit, en partie, d'instituts appelés à accomplir un plus large éventail de fonctions. C'est le cas des "avis" ; de même, peut être retenu en ce qui concerne la motivation "dans le sens strict", pour indiquer : non pas les énonciations précédentes une particulière disposition administrative, afin d'en affirmer le fondement sous le profil de légalité (profil par rapport auquel il serait préférable d'utiliser le terme "justification") ; plutôt, la démonstration qu'un contenu donné est d'une certaine utilité par rapport à l'intérêt général⁵⁰. Mais c'est la "révocation" qui représente le moyen de "pointe" offert par le système : car elle accomplit, exclusivement, la tâche fonctionnelle "améliorative" qu'on a cru bon d'ajouter au pouvoir administratif en appréciation ultra-légale dans le contexte actuel d'expérience juridique.

Ainsi, se pose la possibilité de distinguer entre : une "contrariété à l'intérêt public non - soutenable" (ou plutôt, invalidité) de l'acte administratif (une fois que cette dernière a été appréciée), une "contrariété à l'intérêt public soutenable" (qui ne comporte pas d'invalidité) du même acte, puisqu'en position médiane entre l'acte (légitime ou, bien qu'illégitime formellement) conforme à l'intérêt public (donc, pas annulable) et l'acte (illégitime, mais aussi) qui ne répond pas à l'intérêt public (donc, d'annuler). Le fait que la seule "contrariété soutenable" s'inscrit dans le cadre de la révocation, peut être utile afin de "plier" l'élément normatif de référence aux exigences d'une reconstruction interprétative cohérente ; là où

⁵⁰T.A.R. Lazio, Rome, sect. *Iter*, 4 Mars 2011 n. 1997, *Foro Amm. -T.A.R.-*, 2011, pp. 820-821 (en cas de disposition de transfert pour incompatibilité ambiante).

(apparemment lié à la division traditionnelle entre les vices, de légalité et en appréciation ultra-légale - opportunité) : joindre sûrement, à l'institut de la révocation, "la contrariété de l'acte administratif [qui en est l'objet] à l'intérêt public" (article 21-*quinquies*, cc. I-*bis* et I-*ter*, de la Loi no. 241/1990). La même chose on peut conclure du moment que la discipline "positive" prévoit que la révocabilité de l'acte administratif est liée à : des "raisons survenues d'intérêt public", un "changement de la situation de fait", une "nouvelle évaluation de l'intérêt public originaire". En effet, ce qui importe est que l'évaluation de l'administration à été caractérisée par une amélioration d'un intérêt public déjà raisonnablement poursuivi "conjointement" aux autres (privés) doués de qualification : il importe peu que cette initiative (sous le signe de l'amélioration) s'inspire ou non à des survenances (d'intérêts et / ou de fait). Par conséquent, la centralité de la figure de l'annulation dans le système des actes de "retrait" en auto-tutelle : à l'égard de celle-ci, la révocation représentant un *quid pluris*, destinée à (éventuellement) opérer sinon quand il n'y a pas de condition d'invalidité (par l'illégalité d'origine formelle ou matérielle).

Enfin, il est également encourageant, pour la perspective ici avancée, que le Législateur envisage l'exercice d'un "retrait unilatéral - révocation" à l'égard des accords relatifs au pouvoir public (*ex art.* 11, c. IV, de la Loi n. 241/1990) qui, bien que susceptibles d'annulation *ex officio*, sont alternatifs à la seule révocation. En fait, par rapport à cette dernière, on pourrait reconnaître à ces accords un domaine spécifique de justification à chaque fois que l'objectif d'amélioration, dans la poursuite de l'intérêt public, est poussé au-delà du seuil d'équilibre avec la protection des intérêts qualifiés du privé (propre en raison du consentement de ce dernier). Sauf à souligner que l'éventuel "retrait" de l'administration serait à nouveau soumis au régime le plus rigide de ces instituts d'auto-tutelle (ne pouvant pas en exclure la circonstance de l'assujettissement, ainsi qu'à l'annulation officielle, à la révocation, selon le critère de distinction introduit dans cette étude et sauf indemnisation).

≈

