

**ACTES ADMINISTRATIFS ET ACTES DE L'ADMINISTRATION
PUBLIQUE¹**

RAPPORT ANNUEL - 2011 - ITALIE

(Février 2011)

Pr. Carlo MARZUOLI

1.

L'administration publique peut agir à travers des actes administratifs ou des actes de droit privé, uni- ou multilatéraux. Certains actes administratifs peuvent également émaner de sujets privés exerçant des fonctions publiques, d'autres activités administratives ou remplissant des services publics.

¹ La bibliographie est très vaste. Renseignons seulement les contributions suivantes où des bibliographies plus fournies peuvent être consultées: D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali III*, Milano, 2010; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, e S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.* 2010, n. 1 (il primo) e n. 2 (il secondo).

2.

En ce qui concerne les actes émanant de l'administration publique, la loi (Loi n. 241/1990) prévoit le cadre général suivant.

Une distinction fondamentale existe entre les actes d'autorité ou impératifs et les actes qui ne le sont pas (art. 1, c. 1-bis). Les actes d'autorité sont des actes administratifs. Les actes qui ne sont pas des actes d'autorité sont des actes administratifs s'il existe une réglementation spécifique ; en l'absence de telle réglementation, ils sont considérés comme actes de droit privé.

Il faut finalement attirer l'attention sur le fait que beaucoup des relations de travail avec l'administration publique (à part les magistrats, le personnel militaire et d'autre personnel) sont régies par le droit privé et que, dans cette hypothèse, l'administration publique agit (en général) comme employeur privé (art. 5, d. lgs. n. 165/2001).

3.

Actes administratifs

La distinction entre actes d'autorité et ceux qui ne le sont pas est très importante, en particulier pour des raisons de classification. Cela signifie que le caractère essentiel de l'acte administratif n'est pas son caractère d'autorité (ou impératif) qu'il peut effectivement avoir ou non, mais la subordination à un régime particulier de validité : la légitimité. La légitimité consiste en une régulation, voulue pour conférer l'assurance que l'acte sert l'intérêt public tel que définit par la loi. A ces fins, l'instrument principal en est le vice d'excès de pouvoir.

3.1

Le caractère d'autorité est avant tout important du point de vue du principe de légitimité.

Afin de satisfaire les exigences de protection du citoyen, l'acte administratif d'autorité, manifestation du pouvoir de suprématie, est un acte typique. La loi doit expressément prévoir l'acte, le contenu du pouvoir, le type d'effets qui en ressortent et les aspects fondamentaux relatifs à la compétence et la procédure.

Par exemple, l'imposition d'une condition suspensive en matière de permis de construire est seulement envisageable si cette dernière se rapporte à la réalisation d'une construction et si elle est basée de manière directe ou indirecte sur une norme de loi ou de règlement : c'est ainsi que la condition, selon laquelle le permis de construire est délivré au demandeur sous condition qu'il renonce à l'indemnisation des travaux réalisés en cas d'expropriation de la zone sur laquelle les constructions vont être érigées, est illégitime, car il va à l'encontre du principe de la typicité des actes administratifs (Tribunal administratif régional de la Lombardie, Milan, Section IV, 10 septembre 2010, N. 5655)

Ici il s'agit toutefois d'un acte qui est seulement partiellement typique. Ce sont les ordonnances de nécessité et d'urgence qui peuvent déroger aux dispositions législatives (hormis les principes généraux, la Constitution, le droit européen). Ces derniers posent de graves problèmes de compatibilité avec le système constitutionnel et font l'objet d'une critique constante car ils sont utilisés de manière de plus en plus fréquente, non seulement dans le cas de calamités naturelles (tremblement de terre, inondation, etc.), mais également dans le cadre d'évènements de grande envergure (c'est-à-dire pour des événements prévus et préparés de longue date, comme les expositions universelles, les olympiades, les régates ou d'autres types de grands événements).

Il faut rappeler que c'est le caractère d'autorité qui est déterminant, comme indiqué plus haut, pour établir la nature administrative ou non de l'acte de l'administration (voir n. 1 plus haut.)

3.2

La distinction entre actes administratifs d'autorité et les actes qui ne le sont pas fait l'objet de plus en plus d'intérêt. Pourtant, une partie de la jurisprudence tend à identifier l'acte administratif avec l'acte d'autorité.

Ceci ayant été précisé, il convient de souligner que la notion d'autorité est très discutée.

Selon la thèse la plus diffusée, la caractéristique d'autorité est conférée aux actes qui portent atteinte aux intérêts d'un sujet sans son consentement (unilatéralement). Cette notion est cependant trop générique. Chaque acte administratif, même l'acte administratif qui n'est pas d'autorité empiète unilatéralement sur les intérêts d'autres sujets. Il faut donc ajouter que le caractère d'autorité est l'atteinte aux intérêts reconnus comme droits subjectifs. Dans ce cas, le problème se déplace vers la distinction entre droits subjectifs et intérêts légitimes. Mais, cette interrogation est truffée de solutions incertaines et, d'autre part, moins importante aujourd'hui que par le passé, car aujourd'hui même les dommages occasionnés aux intérêts légitimes donnent lieu à une indemnisation.

Un aide décisive nous vient d'expérience. Selon une tradition ininterrompue, beaucoup d'actes sont (habituellement) identifiés comme d'"autorité", comme les actes de planification (par exemple urbanistique, du paysage), les expropriations, les ordonnances, les réquisitions, les autorisations (de manière prédominante même les concessions) et ces derniers sont qualifiés comme administratives sans problème particulier.

3.3

Une autre distinction pertinente est celle entre actes administratifs contraignants, dans lesquelles l'administration doit mettre en œuvre intégralement ce qui est prévu par la loi, et les actes discrétionnaires, dans lesquels l'administration peut évaluer et choisir la solution la mieux appropriée pour l'intérêt public.

La distinction fait partie de la tradition et est importante, avant tout sur le plan conceptuel. Selon certains, l'acte administratif contraignant ne serait pas un acte administratif authentique; il pourrait être assimilé à un acte d'exécution d'une obligation légale. En tout cas, par rapport aux actes administratifs contraignants, il y aura toujours des situations de droit subjectif à l'exclusion de ceux relatives aux intérêts légitimes. Mais cela reste une interprétation minoritaire non suivie par la jurisprudence, qui se base sur l'équation « acte contraignant = droit subjectif » seulement dans certaines matières et hypothèses (par exemple en matière de financements publics) .

A part ce problème, le caractère contraignant de l'acte administratif a de toute manière acquis une importance supérieure par rapport à des objectifs divers. On se rappelle deux aspects. Le premier est de caractère général. Le règlement de la légitimité de l'acte contraignant est en partie différent de celle de l'acte ordinaire. Certains vices, même incontestables, n'entraînent pas nécessairement l'annulation de l'acte s'il est manifeste qu'il n'y avait pas autre solution possible. C'est le cas lorsque le vice consiste dans la violation de règles de procédure ou dans la forme de l'acte (loi n. 241/1990, art. 21-*octies*).

Le second aspect est que les actes d'habilitation ou d'autorisation, quand ils sont contraignants (sauf exceptions indiquées par la loi) sont substitués (art. 19 loi n. 241/1990) par une notification certifiée de début d'activité (s.c.i.a.). L'intéressé déclare à l'administration publique qu'il veut entreprendre l'activité et être en possession des réquisits prévus, pouvant, suite à cette communication, commencer l'activité.

Naturellement, cette fonction particulière de la déclaration du privé a fait surgir le problème de sa nature propre : est-ce un acte purement privé ou un acte administratif (émis par un privé) ou encore un acte comparable, dans certains de ces aspects, à un acte administratif.

4.

L'acte administratif est, selon la tradition, avant tout un acte unilatéral.

Par contre, l'expérience nous a toujours démontré l'existence d'hypothèses dans lesquelles le consensus du sujet privé est indispensable pour la mise en oeuvre de la réglementation fixée par tels actes. On doit penser aux concessions administratives de biens ou de services publics, ou aux conventions en matière urbanistique organisant la construction dans les zones à urbaniser, ou encore par rapport à l'emploi public. Il existe donc depuis toujours le problème de l'importance à accorder au consensus du sujet privé.

Le consensus peut effectivement être considéré simplement comme une condition d'efficacité par rapport à un acte administratif unilatéral (le décret de concession, le décret de nomination pour la fonction publique, les plans de lotissement), actes unilatéraux qui constituent néanmoins les piliers de la réglementation sur les rapports entre l'administration publique et le sujet privé. Conséquence : si l'acte tombe parce qu'il a été, par exemple, révoqué ou annulé par l'administration publique, tout tombe.

Par contre, le consensus peut être considéré comme élément type d'un acte bilatéral (ou plurilatéral) et donc comme un acte de type contractuel entre l'administration publique et le sujet privé.

La loi n. 241/1990 établit (art. 11) que les pouvoirs de l'administration (sauf exceptions, entre autres celui relatif aux actes administratifs de nature générales, à plans, à programmes) peuvent aussi être exercés à travers des actes consensuels entre l'administration publique et le sujet privé intéressé (« accordi »), accords par lesquels il est possible de déterminer le contenu discrétionnaire de l'ordonnance finale voire remplacer l'ordonnance même. La loi a expressément prévu la procédure, établissant que les accords doivent être stipulés afin d'assurer l'intérêt public, se basant sur l'application des « principes du code civil en matière d'obligations et de contrats tant qu'ils sont compatibles », attribuant à l'administration publique le pouvoir de se dédire (un pouvoir de révocation) de l'accord pour des motifs d'intérêt public survenus ultérieurement, moyennant une indemnisation.

Il y a donc suffisamment d'éléments pour établir les qualifications juridiques de ces accords: contrats de droit public ou contrats de droit privé (qui, dans leurs aspects essentiels ne sont pas très différent d'un contrat de vente) de l'administration publique.

D'autre part, si nous considérons les événements jurisprudentiels et la nécessité d'affronter de manière spécifique les questions particulières qui se posent (l'interprétation, la validité, la possibilité d'utiliser la résolution contractuelle), la qualification mixte, c'est-à-dire ni entièrement privée, ni entièrement publique s'avère toujours la plus convaincante.

En tout cas, par rapport aux aspects à considérer et réglés par le droit privé, l'application rigoureuse des principes en matière d'obligations et de contrats issus du droit privé est souhaitable. Cela surtout aux fins d'assurer une plus grande stabilité et fiabilité des engagements dérivants de la réglementation établie par l'acte.

Il faut ajouter qu'une exigence du genre est soulignée même pour les accords entre les administrations publiques et en particulier pour les accords de programmes, à travers lesquels plusieurs organismes publics établissent les modalités, les conditions, le financement et les délais pour la réalisation d'oeuvres qui impliquent de manière diverse les mêmes administrations.

5.

Après avoir signalé quelques aspects des actes de nature « administrative », on peut reprendre le point de la distinction entre les actes administratifs et les actes de droit privé de l'administration publique. La qualification de l'acte est déterminante aux fins de la procédure, de l'efficacité et des vices; et il peut être déterminant aux fins de l'importance des intérêts, du juge ayant juridiction, ainsi que des pouvoirs du juge par rapport aux actes soumis. Souvent il n'est pas aisé de connaître la nature de l'acte émis par l'administration publique: soit il s'agit d'un acte administratif, soit d'un acte de droit privé.

Le problème concerne surtout les actes unilatéraux de l'administration publique, dans l'hypothèse d'actes qui ne sont pas des actes d'autorité (étant « d'autorité » ils devraient être considérés comme administratifs, n. 2). Par exemple: l'acte de licenciement d'un fonctionnaire, le dédit d'un contrat de droit privé, la nomination d'un représentant de l'entité publique dans une autre ou dans une société ou fondation, etc.

Ces actes correspondent généralement à des mesures que peuvent aussi prendre les sujets privés, et donc, dans l'abstrait et en général, peuvent être qualifiés d'actes administratifs ou actes de droit privé (de l'administration).

Dans nombreuses de ces hypothèses, la présence de normes dictant une discipline particulière permettent de qualifier les actes comme actes administratifs. C'est le cas, comme indiqué plus haut, pour les actes de procédure contractuelle, aujourd'hui réglé par le d. lgs. n. 163/2006, qui, selon des directives européennes règle les contrats publics relatifs au travaux, aux services et fournitures: par exemple la décision d'organiser un appel d'offre public, les actes de procédure de l'appel d'offre, l'adjudication, c'est à dire l'acte à travers lequel l'administration détermine le sujet avec lequel elle conclura le contrat.

Mais il y a beaucoup d'hypothèses dans lesquelles la qualification est incertaine.

Cela arrive également en matière de contrats publics. Un exemple. La législation prévoit qu'à certaines conditions, l'adjudicataire peut sous-traiter les travaux à une autre entreprise. Par contre, cette situation requiert un acte d'autorisation unilatéral de l'administration publique (art. 118 d. lgs. n. 163/2006). Une partie de la jurisprudence a retenu que tel acte, même si réglé de manière spécifique par les règles du Code des contrats publics (l'art.118), est, de par sa nature, identique à l'autorisation de sous-traitance prévue entre sujets privés régis par le Code civil (art. 1656). Selon cette interprétation, la règle qui concerne cette discipline spéciale ne prévoit aucune appréciation de la part de l'administration ('discrezionalità') (Tribunal administratif régional de Lazio, Rome, Section III, 23 janvier 2010, N. 776). Le Conseil d'état suit par contre une thèse opposée. Selon ce dernier, l'acte autorisant la sous-traitance, réglé par l'art. 118, est un acte de nature administrative parce qu'il est destiné à la poursuite des intérêts publics et, de plus, un acte d'autorité. Le fait

qu'il existe ou non une marge d'appréciation ('discrezionalità') n'est pas déterminante (Conseil de l'état, Section IV, 24 mars 2010, n. 1713).

5.1

La question de la qualification de l'acte de l'administration est parfois résolue en se référant à une notion née à la fin des années trente du siècle dernier en matière d'emploi public et ensuite appliquée de manière générale : la notion d'acte « paritaire » ('paritetico', paritaire : parmi des sujets en position de parité). L'acte, même s'il a la forme d'un acte public, est considéré comme adopté non dans un rapport de suprématie – subordination, mais de parité et ne tombe donc plus sous les règles caractéristiques de l'acte administratif. Par exemple : l'arrêt préfectoral qui détermine, grâce à des tarifs précis, le montant dû pour le service de garde d'un véhicule dans un dépôt public (Conseil de justice administrative, Section judiciaire, 16 septembre 2010, n. 1216).