

**LA “JURIDICTION” ADMINISTRATIVE  
EN APPRÉCIATION ULTRA-LÉGALE (“DI MERITO”)**

**RAPPORT ANNUEL - 2014 - ITALIE**

*(Avril 2015)*

**Paolo COTZA**

---

**TABLE DES MATIÈRES**

*1.1 Crise de la “juridiction” en appréciation ultra-légale, entre la destruction du mythe de la “clause générale” de séparation des pouvoirs et le principe (constitutionnel) de “plénitude” de la tutelle*

*1.2 Quelques-unes des implications, de l’idée de “procédure ouverte”, sur le contrôle judiciaire*

*2 Pour une nouvelle perspective de la “juridiction” administrative en appréciation ultra-légale*

*3.1 Annotations de droit du procès. De l’exercice et des limites des pouvoirs “typiques” de décision*

*3.2 Pour un supplément de profils de “technique du procès” et d’“organisation”*

*1.1 Crise de la “juridiction” en appréciation ultra-légale, entre la destruction du mythe de la “clause générale” de séparation des pouvoirs et le principe (constitutionnel) de “plénitude” de la tutelle*

Le code en vigueur du procès administratif établit que, dans l'exercice d'une juridiction avec connaissance étendue à l'appréciation ultra-légale, «*le juge administratif peut se substituer à l'administration*» (art. 7, co. VI, Décret Législatif du 2 juillet 2010 n. 104). Vraisemblablement, il s'agit d'une formulation "œcuménique" : tendue au dépassement des divisions profondes enregistrées parmi les commentateurs, telles que celles favorisées également par le laconisme excessif des précédentes dispositions normatives concernant le même pouvoir. Ainsi, on pouvait distinguer : entre ceux qui mettaient l'accent sur les particularités du relatif syndicat, en tant qu'étendu aux profils extra-juridiques de convenance, d'utilité<sup>1</sup> ; et ceux qui, au contraire, partant de la prémisse de l'inexistence de toute distinction qualitative (d'ordre cognitif) entre les juridictions, croyaient s'arrêter surtout sur le moment décisionnel qui comprend aussi la réforme éventuelle de l'acte attaqué ou, de toute façon, la possibilité de "régler" le rapport juridique qu'on peut en tirer<sup>2</sup>.

Au-delà de ces débats, toujours est-il que le droit positif le plus récent, même s'il a défait le nœud interprétatif en faveur du deuxième terme de l'alternative (grâce à une homologation répandue des moyens de preuve de la juridiction administrative -art. 63 du [c.]ode du [p.]rocès [a.]dministratif-)<sup>3</sup>, il ne semble pas valable :

---

<sup>1</sup>V. OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito nella giustizia amministrativa, La giustizia amministrativa -actes du congrès commémoratif du centennal des lois administratives d'unification-*, par G. Miele, Vicenza, 1968, p. 189.

<sup>2</sup>A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939 (actuellement *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369); G. ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo, Studi in onore di Antonino Papaldo: scritti di diritto amministrativo*, Milano, 1975, p. 215.

<sup>3</sup>Donc, en face du dépassement de différences de pouvoirs instructeurs par rapport à la juridiction de légalité, dans les cas de juridiction en appréciation ultra-légale, le juge, là où il a accueilli un recours et dans les limites de la demande, peut adopter un nouvel acte, ou bien modifier ou réformer ce qui a été attaqué (art. 34, comma I, lett. "d" du c.p.a.) c'est-à-dire, il peut se substituer à l'administration (art. 7, comma VI du c.p.a.). Cette prérogative est au contraire exclue lorsque la juridiction administrative n'est pas étendue à l'appréciation ultra-légale, bien qu'elle soit exclusive (Tribunal Administratif Régional de la Puglia, Bari, 29 décembre 1989 n. 877).

- ni à dépasser l'attitude traditionnelle de la jurisprudence administrative, peu encline à l'exercice de pouvoirs d'instruction, ultérieurs par rapport à ceux qui lui reviennent de droit à titre "ordinaire", ainsi qu'à l'émission d'arrêts fondés sur des raisons d'opportunité : opposant, aux censures de l'appelant, des vices d'admissibilité ultérieurs en ce qui concerne le défaut d'appréciation ultra-légale (tel que limite sur laquelle l'assemblée plénière de la Cour de Cassation est appelée à veiller)<sup>4</sup> ; et de toute façon étant établie la thèse (dans les

---

Sur le point, cf. R. CHIEPPA (dir. par), *Il codice del processo amministrativo* (commentaire), Milano, 2010, p. 681-682, où on met l'accent sur la façon dont, au-delà du cas principal parmi ceux énumérés à l'art. 134 c.p.a. - jugement d'obtempérance-, pour le reste, l'"inclusion" a été dictée par la nécessité de permettre au juge l'exercice de pouvoirs substitutifs de l'administration, plutôt que par l'exigence de lui remettre le contrôle sur des appréciations ultra-légales.

<sup>4</sup>«La censure qui postule l'exercice d'un contrôle ultra-légal sur les choix discrétionnaires adoptés par l'Administration Régionale dans la détermination des mesures les plus appropriées pour la restriction des dépenses sanitaires et pour la graduation correspondante, est inadmissible (la même, en l'espèce, se justifie par la carence non démontrée du contrôle de justesse des prestations, en se référant à laquelle aucune allégation probatoire n'est offerte)» (Tribunal Administratif Regional de la Campania, Napoli, sect. I, 3 juin 2013 n. 2862, *Foro amm. - T.A.R.*-, 2013, p. 2011-2012) ;

«Il appartient à la puissance de programmation régionale d'individualiser les critères de répartition des fonds, dont le non-respecte est purement supposé par l'appelant avec une plainte inadmissible. Il est vrai que la détermination des limites de frais ne peut pas être établie sans une préventive instruction entendue à évaluer les causes des déficits et à pondérer les mesures appropriées à les couvrir et en particulier au moyen d'un minutieux contrôle de justesse des prestations. Toutefois, la censure, postulant l'exercice d'un contrôle ultra-légal sur les choix discrétionnaires adoptés par l'Administration Régionale dans la détermination des mesures les plus appropriées pour la restriction des dépenses sanitaires et pour la graduation correspondante, non seulement est inadmissible, mais pousse par la carence non démontrée du contrôle de justesse des prestations, par rapport à laquelle il n'est offert aucune allégation probatoire» (Tribunal Administratif Regional de la Campania, Napoli, sect. I, 7 mars 2012 n. 1141, *Foro amm. -T.A.R.*-, 2012, p. 863-864).

Cf. aussi Cass., asssemblée plénière, 29 avril 2005 n. 8882.

---

circonstances dans lesquelles sans possibilité d'erreur on aurait pu s'aventurer) de la "préjudicialité" d'un contrôle sur l'usage légitime du pouvoir de la part de l'autorité<sup>5</sup> ;

- ni à "revitaliser" en général l'institution, du moment que le nombre (par matières) des contentieux, dont résulte annexe (sans possibilité d'erreur) un contrôle en appréciation ultra-légale, a été progressivement diminué<sup>6</sup> ; là où on enregistre, comme unique circonstance en

---

<sup>5</sup>Appelée aussi de la fonction simplement "ajoutée" de la juridiction en appréciation ultra-légale, dans le sens que : le contrôle sur la légalité de l'acte attaqué précède de toute façon celui en appréciation ultra-légale ; et son exercice, dans le cas où il mène à l'annulation de l'acte, soustrait au juge tout pouvoir substitutif (ainsi, à partir de Cons. Etat, sect. V, n. 826/1960, *Consiglio di Stato*, 1960, I, p. 2267 ; n. 1256/1962, *ivi*, 1962, I, p. 2045).

Cf. aussi : *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* (dir. par A. Romano), Padova, 2001, p. 397 ; *Codice del processo amministrativo* (dir. par Garofoli-Ferrara), Roma, 2010, III, p. 1849 ; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione, Giustizia amministrativa* -dir. par F. G. Scoca-, Torino, 2013, p. 97 s., p. 104.

<sup>6</sup>Il suffirait d'une comparaison entre les cas (de temps en temps) énumérés par le Législateur ;

- à partir de ceux les plus anciens commentés dans :

G. FAGIOLARI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato, Il Consiglio di Stato -studi in occasione del centenario-*, Roma, 1932, p. 1 et suivantes, p. 94 et suivantes, qui, il y a longtemps de cela, en 1932, peut encore consacrer un ample développement des cas (sur la base -non seulement de quelques "lois d'exception"- des artt. 27 et 29, T.U. Consiglio di Stato ; 1 et 4, T.U. Giunte provinciali amministrative), quoiqu'on reconnaisse que «...la juridiction en appréciation ultra-légale a peu d'importance pratique et ...pendant ces dernières années on en a réduit le domaine d'application. Du moment où le contentieux sur les élections communales et provinciales manque et du moment où la juridiction en matière de centimes additionnels et d'hospitalisation se limite à la seule légalité, le contentieux en appréciation ultra-légale porte presque exclusivement sur les licenciements et sur les sanctions disciplinaires des employés des administrations locales. ...Approximativement on peut dire que les recours en matières, sur lesquelles une juridiction en appréciation ultra-légale serait possible, ne dépassent pas la cinquième du total, dont les quatre cinquièmes concernent le contentieux des employés des administrations locales» (*ivi*, p. 120 et suivantes) ;

P. GASPARRI, *La crisi del sistema della giurisdizione amministrativa, Consiglio di Stato*, 1968, II, p. 73 et suivantes, p. 82-83 ; ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 215 et suivantes ;

---

- pour arriver à celle en vigueur, visée à l'art. 134, D.Lgs n. 104/2010 cit. ; qui résulte des prescriptions de l'art. 44, comma 2, lett. "b)", n. 2, L. n. 69/2009 qui avait dicté, en tant que critère de délégation, le reclassement des cas de juridiction en appréciation ultra-légale, également par l'abolition des cas non plus cohérents avec le système juridique actuel.

Significativement ainsi établi le Tribunal Administrativo Regionale de la Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 aprile 2012 n. 423, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 1413-1414 : «Contrairement à l'art. 7 de la l. n. 1034 du 1971 précédemment en vigueur, l'art. 134 c.p.a. n'inclut pas les ordonnances de circonstance et urgentes parmi les mesures pour lesquelles la cognition est étendue aussi à l'appréciation ultra-légale, c'est pourquoi on doit considérer que celles-là sont contrôlables seulement sous l'angle de la légalité et non aussi en ce qui concerne les profils d'appréciation ultra-légale, sur la véradicité des prémisses de fait considérées, la suffisance et la crédibilité des instructions établies et/ou l'avantage, l'opportunité et l'équité des déterminations prises».

Dans le contexte actuel, il faut seulement ajouter (pour citer les hypothèses les moins discutées) la reconduction, à autant de formes de connaissance judiciaire étendue à l'appréciation ultra-légale (bien que non nécessairement additive par rapport à la juridiction générale, ni autorisant l'exercice de pouvoirs substitutifs) : soit de la discipline constitutive de la soi-disante *class action* contre l'administration publique ; soit de celle en matière d'expropriation qui accorde au juge administratif, dans le cas où il accueille la demande en tant que fondée, une appréciation autonome en ce qui concerne l'opportunité de disposer (plutôt que la restitution du terrain illégalement occupée et transformée) une réparation par équivalent; comme de la réglementation dédiée (par le c.p.a.), à propos de la déclaratoire d'efficacité/inefficacité du contrat, dans les cas de violations de la discipline en matière de adjudications publiques.

A propos de la première on a remarqué comment: malgré que la formulation de l'art. 4, L. 4 marzo 2009 n. 15, de délégation au gouvernement (laquelle apporte -entre autres- des principes et des critères en matière d'appréciation des structures et du personnel des administrations publiques et d'action collective), permette à tous les intéressés d'agir en justice «si par la violation de *standard* qualitatifs et économiques ou des obligations contenues dans les Chartes des services, à cause du manque d'exercice de pouvoirs de vigilance, de contrôle ou de sanctions, par la violation des termes ou par la non-émanation d'actes administratifs généraux, s'ensuit la lésion d'intérêts juridiquement considérables pour une pluralité d'usagers ou consommateurs», avec la prévision interdépendante d'une "juridiction exclusive et en appréciation ultra-légale du juge administratif" ; aux termes de l'art. 1, comma VII, D.Lgs. d'exécution, n. 198/2009, il semble attribuer cette action au seul domaine de la juridiction exclusive. Il en résulte seulement qu'il n'est pas possible d'exclure que l'attribution au juge administratif soit qualifiable en tant qu'étendue à l'appréciation ultra-légale, du moment qu'il doit : tenir compte des ressources instrumentales, financières et humaines concrètement à disposition des parties intimées ; faire droit aussi à la demande s'il établit la violation, l'omission ou l'inaccomplissement, ordonnant à l'administration publique ou au concessionnaire de

tendance opposée, une prévision d'emploi du jugement d'obtempérance de plus en plus consolidée<sup>7</sup>.

En se référant aux paragraphes "3" pour annotations ultérieures de commentaire du droit positif, le fait est que : en reproduisant les destinées de l'homonyme institution substantielle (caractérisée par une définition "en négatif"), par rapport au parcours tourmenté d'"externalisation-objectivation" du pouvoir discrétionnaire de l'administration (pour lequel on peut renvoyer à une publication spéciale qui se trouve sur le même site web<sup>8</sup>) ; les

---

porter remède dans un terme convenable, dans les limites des ressources instrumentales, financières et humaines déjà destinées à titre ordinaire et sans de charges nouvelles ni de charges plus lourdes pour les finances publiques (A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo, La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e le "ragioni" dell'interesse pubblico* -actes des journées d'étude sur la justice administrative dédiées à E. Cannada Bartoli-, Siena, 2009).

En ce qui concerne la deuxième, on peut renvoyer aux annotations indiquées par le *Codice del nuovo processo amministrativo* (dir. par Caringella-Protto), Roma, 2013, p. 1334-1335, aussi à l'art. 43, comma 3, D.P.R. 8 juin 2001 n. 327.

À propos de la troisième, il a été observé que: «toujours en raison de la profondeur du contrôle attribué au juge administratif et des critères à la manière desquels son jugement doit se dérouler, on doit considérer que les arrêts aussi qui font application des artt. 121 et suivantes du Code [du procès administratif] s'étendent à des appréciations ultra-légales» (POLICE, *Le forme della giurisdizione...*, p. 106).

Cf. aussi : *Codice del nuovo processo amministrativo* (dir. par Caringella-Protto), cit., p. 1334-1335, en matière de jugement de dédommagement en cas de lésion de l'intérêt au bien de la vie sous-tendu à un "intérêt légitime", prétensif donc, appréciation pronostique d'interdépendante sur le ressort effectif de ce bien ; ainsi que, F. D'ANGELO, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, p. 42 et chap. IV.

<sup>7</sup>Entre autre, pour admission de certaine jurisprudence dont est emblématique Cons. Etat, séance plénière, 30 juillet 2008 n. 9, par laquelle cf. R. CAPONIGRO, *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), p. 1 et suivantes.

<sup>8</sup>P. COTZA, *Le pouvoir administratif en appréciation ultra-légale ("merito amministrativo")*, rapport annuel 2013 – Italie, *Ius publicum network review* ([www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)).

---

discours sur la juridiction en appréciation ultra-légale ont constamment ressenti (au point de la réduire à une sorte d'anomalie) d'un profond conditionnement exercé par la conception traditionnelle du modèle "plus grand" (de légalité), comme centré autour de règles codifiées dans le système et autour d'une conception conforme du vice de l'excès de pouvoir (contrôle indirect sur les aspects de conformité extrajuridique de l'acte)<sup>9</sup>. Ceci a fini par imposer aux premiers les catégories conceptuelles de la deuxième ; ainsi en excluant, à cause des inévitables "incrustations", de trouver les routes pour une caractérisation autonome. Là où, seulement avec le temps, l'idée selon laquelle celle en appréciation ultra-légale se résoudrait en une espèce de "variation sur le thème" de la juridiction de légalité (à cause de la connaissance du fait, la plus complète), a commencé à gagner l'estime (des interprètes) ; cette dernière, à son tour, soumise à une redéfinition (vu l'alternance, comme chacun sait, au bénéfice du rapport et de la matérialité de l'intérêt)<sup>10</sup>.

---

Dernièrement, en se référant aux vicissitudes d'élaboration de l'institution et aux "perspectives" corrélatives, un examen attentif (en se servant même d'un "style" comparatif étendu, grâce à l'expérience d'autres systèmes nationaux et surnationaux, à d'analogues phénoménologies intérieures de droit soit constitutionnel soit privé) est offert par B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, ed. CEDAM, 2013.

<sup>9</sup>Bien que reconnaissant que le jugement de "proportionnalité" entre effets qui sont nés de l'acte et aménagement donné aux intérêts des particuliers destinataires de celui-ci, «permet une extension de l'optique d'enquête du juge également aux prémisses de l'acte attaqué et, donc, une tutelle plus effective des situations juridiques, subjectives revendiquées dans le procès»: A. ROMANO (dir. par), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2001, p. 398.

Cf. U. POTOTSCHNIG, *Origini e prospettive del sindacato di merito nella giurisdizione amministrativa*, (*La giurisdizione amministrativa di merito* -séminaire organisé à Perugia, 3-4 novembre 1968, par la section ombrienne du Centre italien d'études administratives-, Firenze, 1969 ainsi que) *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 499 et suivantes, p. 502-503.

<sup>10</sup>E. FOLLIERI, *Giudizio di merito come giudizio di legittimità*, *Nuova rass.*, 1981, n. 14, p. 1415-1416. Une confirmation des indécisions qui dérivent de ce trouble semble s'apprécier, plus que partout ailleurs, par rapport à l'un des "cas" qu'on voudrait ramener à la "juridiction" en appréciation ultra-légale malgré le silence du Législateur : il s'agit de la révocation d'actes administratifs (à efficacité durable ou instantanée) qui ont une incidence sur les rapports de négociation, en correspondance à laquelle l'art. 21-*quinquies*, comma 1-*ter*, L. n.

---

Ayant l'intention d'offrir une représentation (bien qu'approximative) de celle qui évidemment a pris les dimensions d'une "crise d'identité" (fonctionnelle et dogmatique) de l'institution, il semble impossible de se soustraire avant tout à une opération de mise à jour du principe de "plénitude" de la tutelle juridictionnelle-administrative, telle qu'on peut en déduire de l'art. 24 Constitution. Au besoin, il faut commencer par la même raison d'être de la juridiction: consistant à (faire cesser l'état de fait en contradiction avec le droit et, de toute façon) rétablir (dans la mesure du possible) un état de choses conforme au droit<sup>11</sup>. A condition d'être d'accord sur de tels préliminaires: d'un côté, le principe ci-dessus mentionné va désormais entendu en termes "anthropocentriques"<sup>12</sup>, en reconnaissant la nature substantielle des situations juridiques, subjectives et surtout en conformant à ces dernières les formes (à partir de celles préparées par le Législateur ordinaire, aussi en termes d'"effectivité" - cf. *infra*-) par lesquelles il est poursuivi<sup>13</sup>; d'un autre, il n'y a pas de

---

241/1990 dispose que l'indemnisation liquidée par l'administration aux intéressés (paramétré seulement à la perte subie) doit tenir compte soit de la connaissance éventuelle ou cognoscibilité, de la part des contractants, de la contrariété du premier à l'intérêt public, soit de l'éventuel concours des contractants ou des tiers à l'appréciation erronée de la compatibilité de celui-ci avec l'intérêt public. Ceci, évidemment, implique la reconnaissance, au bout du juge administratif, d'une connaissance directe de l'intérêt public, dans l'éventualité où il soit engagé par les contestateurs particuliers.

<sup>11</sup>Sur la notion de juridiction, E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1979, p. 41.

<sup>12</sup>À propos du succès d'une conception de la justice administrative en tant qu'instrument qui n'est plus tendu à établir un équilibre entre des positions opposées mais plutôt, à assurer la liberté des particuliers, A. TRAVI, *Per una revisione dei limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi*, *Scritti in memoria di Garcia de Enterría*, p. 4 du texte dactylographié.

<sup>13</sup>Parmi les exemples les plus significatifs :

- l'introduction de la sentence en constatation de droit (autrement "typique" de la juridiction exclusive) dans le sein du même jugement de légalité (lorsque l'annulation ne se révèle plus utile et à titre de dédommagement) ainsi que, par elle, d'un critère d'évaluation centré sur la "légalité-justice" (art. 34, comma III, D.Lgs n. 104/2010) ;

contre-indications à ce que le contrôle judiciaire, sorte des limites du “conflit d'intérêts”, du perfectionnement d'une “élasticité répressive” de plus en plus adéquate à l’“élasticité offensive des comportements de l'administration”, pour s'enrichir de contenus ultérieurs.

---

la circonstance dans laquelle, en cas de silence-refus, on ne conteste pas un exercice “mauvais-erronné” du pouvoir mais plutôt, le pouvoir même, sa manière d'être “injuste” ;

il est également significatif, que le problème de la décision juridictionnelle d'annulation, devient celui de déduire, de son contenu de vérification, tous les effets constitutifs, de forclusion et de conformité ;

- la reconnaissance de la possibilité de dédommagement des "intérêts légitimes" -de prétention-, dont le jugement pronostique, concerne un bien de la vie ;

- l'introduction d'un rite sur le silence-refus (cf. artt. 34 e 117, D.Lgs n. 104/2010) et sur la réintégration en forme spécifique (avec la relative condamnation de l'administration à un *facere* au moyen de mesures, satisfaisant l'intérêt actionné par l'appelant -cf. art. 30, D.Lgs n. 104/2010-) ;

- la reconnaissance soit des caractères typiques du jugement d'observance à la tutelle conservatoire (avec la conséquent attraction dans la juridiction en appréciation ultra-légale) ; soit de la révocation ou modification (motivées) de l'ordonnance conservatoire (art. 58, D.Lgs n. 104/2010) ;

- l'introduction des moyens adjoints en cours de jugement (art. 43, D.Lgs n. 104/2010) ainsi que, d'une action de condamnation à un *facere* de l'administration, telle que celle en matière d'ostention documentaire (art. 116, D.Lgs n. 104/2010) ;

- l'élargissement du bagage probatoire et d'instruction du juge administratif (artt. 63-69, D.Lgs n. 104/2010) ;

- la reconfiguration de l'observance (art. 112-115, D.Lgs n. 104/2010) comme authentique “jugement d'exécution” des sentences du juge administratif (n'utilisant plus ainsi la valeur originaire de la procédure spéciale, pour endosser les qualités d'extension fonctionnelle du jugement de légalité).

*Ex pluribus*, cf. : E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, Riv. it. dir. proc. civ., 1999, p. 689 ; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, Dir. proc. amm., 2011, p. 1207 et suivantes, notamment p. 1216-1217.

---

Sauf que la mise à jour mentionnée, une fois transférée dans le discours évolutif spécifique sur la “justice administrative”, a dû se mesurer avec au moins deux ordres de problématiques qui se sont traduites en autant de délais à une “émancipation” de préjugés du contrôle judiciaire en appréciation ultra-légale.

On se réfère avant tout à l’exercice des pouvoirs de “connaissance dans le but d’appliquer” de la part du juge : si la constatation de l’état de fait par rapport au droit comporte des recherches, des appréciations et des qualifications même au moyen de critères techniques ou sociaux ; si le Législateur ordinaire peut revendiquer la prérogative de sélectionner les règles dont est déductible la violation, à l’occasion de l’exercice de la fonction de tutelle juridictionnelle d’une situation subjective, juridique<sup>14</sup>. D’un côté, il suffit de relever que le recours à des règles techniques ou sociales est indispensable, dans l’application de normes juridiques, chaque fois que ces dernières se rapportent à des concepts qu’on peut déterminer seulement sur la base de ces règles. D’autre côté, *«puisque la Constitution n’a pas prévu un critère précis de discrimination et, d’autre part, la remise au Législateur ordinaire de la détermination de tel critère équivaldrait à priver de toute valeur substantielle la garantie de tutelle juridictionnelle, on doit conclure que l’exécution du droit substantiel à l’égard d’une situation juridique subjective doit se traduire en exécution de toutes les normes qui, directement ou indirectement, disciplinent la situation même»*<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup>G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo, Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 et suivantes, notamment p. 1579.

<sup>15</sup>VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1584-1585. L’auteur poursuit : «Le principe de la possibilité de déduire en justice la violation de toutes les normes qui disciplinent une situation juridique subjective ...peut donc être précisé en éclairant que le législateur ordinaire, normalement libre de qualifier un intérêt matériel tel que droit ou tel qu’“intérêt légitime” ou même de ne pas le qualifier du tout, est tenu, lorsque la qualification a été faite, à admettre l’importance en siège juridictionnel (ordinaire ou administrative) de toutes les normes que disciplinent les comportements de particuliers ou d’administrations, qui de toute façon ont un’incidence sur l’intérêt qualifié. Seulement d’une telle façon trouve une concrète application le principe d’effectivité de la tutelle et on assure la

Ce qui a été référé assume un remarquable relief en relation aux normes “imprécises” (qui nécessitent un complètement, en général parce que ceci correspond à l’intention de celui qui les impose) : notamment, lorsque le critère de complètement implique une référence à des disciplines “non exactes” ou l’utilisation de concepts déterminables seulement au moyen de l’“opinion sociale moyenne”). Eh bien, lorsque des normes d’un tel genre disciplinent des activités de l’administration publique, par convention on conclut que (justement) le contrôle du juge peut être seulement indirect (le bien-fondé du critère employé, le caractère exhaustif et le sérieux de l’instruction, l’exhaustivité de la motivation) : c’est-à-dire, il n’est pas à même d’arriver jusqu’à la possibilité de préférer l’appréciation administrative.

Si telle assertion est traditionnellement associée au principe de séparation des pouvoirs, c’est parce qu’on ne réussit pas à en expliquer les fondements : on se limite à évoquer un modèle de justice selon lequel le rôle du juge serait défini par la garantie de l’application correcte de la loi, avec, par conséquent, l’exclusion du pouvoir administratif en appréciation ultra-légale. Là où divers arguments semblent opposables au nom d’une possibilité d’un “pleine” contrôle. En premier lieu, la prévision, dans la Constitution italienne, d’une “réserve de l’administration publique”, semble douteuse<sup>16</sup>. *«Même si, ensuite, on admettait plus probable une distinction entre la “disposition dans l’abstrait” (réservée à la loi) et la prise de mesures concrètes (propre à l’acte administratif et réservé à ce dernier), on déduirait une défense de promulguer des lois-mesures, mais non pas une défense de lier l’administration par des normes qui, même si par une opération d’intégration, dictent une discipline plus ou moins spécifique à son activité. En effet, il faut considérer qu’une technique normative semblable est employée dans la même loi fondamentale, de façon telle*

---

réalisation d’une protection juridictionnelle des situations juridiques subjectives qui corresponde à leurs disciplines substantielle» (ivi, p. 1587).

<sup>16</sup>On peut renvoyer à P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*, par. 1.1., ainsi qu’à : V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, p. 20, nt. 35 ; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, p. 68 et suivantes ; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 319.

à exclure, selon les critères qu'on peut déduire des mêmes dispositions constitutionnelles, que telle technique comporte le danger d'invasion, de la part du juge, d'espaces garantis, soit qu'il s'agit de la sphère de liberté du citoyen par rapport à l'application de sanctions pénales non prévues par une loi, soit qu'il agit du domaine réservé à l'administration publique»<sup>17</sup>.

On peut ajouter qu'il semble inacceptable, bien que sur un plan de logique moindre telle que celle "opérationnelle" (donc, en faisant même abstraction de la distinction entre un pouvoir discrétionnaire au sens propre -intéressant le profil de valeur et idéologique- ainsi que d'autre de bas niveau), la circonstance pour laquelle les raisons des particuliers, les mieux fondées, doivent succomber devant un choix de mauvaise qualité de la part de l'administration, à cause d'un prétendu relief privilégié qui devrait être reconnu à cette dernière<sup>18</sup>.

D'ailleurs, la récente affirmation (toujours au niveau "codicistique") des principes d'"effectivité" et de "concentration", semble déposer, en faveur de telles connexions<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup>VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1597. Dans une telle optique on devrait se reporter à la thèse par laquelle, à partir de l'art. 95 Const. (qui établit le pouvoir d'orientation administrative), n'importe quelle forme d'"ingérence judiciaire" dans les affaires de l'administration serait en conflit avec la condition de cette dernière dans l'Etat contemporain (d'origine sociale et interventionniste), en tant que "force largement autonome dans le global système institutionnelle" (cf.: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione -il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo-, L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza*, Comm. n. 1 *Problemi di amministrazione pubblica*, Formez, Napoli, 1981, p. 21; W. SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze e realizzazioni -Il procedimento amministrativo e la sua legge: un'osservazione introduttiva-, Problemi di amministrazione pubblica*, Cahiers Formez n. 2 -*La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania-* dir. par A. Masucci, Napoli, 1979, p. 377).

<sup>18</sup>Sur ce phénomène de "précompréhension" du juriste, un auteur qui arrête son attention est TRAVI, *Per una revisione...*, par. 3 (p. 7 et suivantes du texte dactylographié).

<sup>19</sup>Le premier (-déjà invoqué par M. NIGRO, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, p. 3 et suivantes, notamment p. 6- à partir de la L. n. 69/2009, de

*1.2 Quelques-unes des implications, de l'idée de "procédure ouverte", sur le contrôle judiciaire*

Des raisons d'"économie descriptive" imposent de glisser sur les implications extrêmes, de l'orientation actuelle de la donnée globale d'expérience, envers un objectif de "plénitude" de la tutelle au sens "anthropocentrique", particulièrement en ce qui concerne: la relativisation du "poids" des nombreuses structures sociales (en sens opposé au principe étatiste) ; ainsi que, au sens même (de la conservation), sur les plans dogmatique et fonctionnel, d'une espèce "moindre" de situation subjective, juridique (ainsi que, d'une juridiction "exclusive" -concernant soit des droits subjectifs soit des "intérêts légitimes"-<sup>20</sup>).

Comme déjà exposé, une attraction progressive du contrôle "sur l'appréciation ultra-légale" de la part de la sphère de la légalité, il semble plutôt confirmée par la conjecture selon laquelle l'exercice des facultés liées à l'"intérêt légitime", de la même façon que peut influencer les choix "en appréciation ultra-légale" avant et hors du jugement, on ne voit pas pourquoi on ne peut pas faire la même chose dans ce dernier siècle.

---

délégation au Gouvernement dans le but de la rédaction du Code, jusqu'à arriver à l'art. 1 du même), en ratifiant le passage d'une juridiction "de légalité" d'un acte (ou du caractère licite d'une conduite) à un'autre "de ressort" (de la prétention substantielle avancée par l'appelant -actions d'exact accomplissement-) et/ou de vérification du préjudice injuste (en vue de l'éventuelle réintégration, même en forme spécifique) ;

Le deuxième (art. 7, comma VII, D.Lgs n. 104/2010 cit.), dont, devant le même juge, au sein du même litige et par le même rite, les censures relatives à des actes, qui rentrent dans les trois, juridictiones soutenues (de légalité, exclusive, en appréciation ultra-légale) peuvent se faire valoir ; si on dépasse définitivement certaines discussions sur le "défaut de juridiction" ...intérieures au même juge spécial.

<sup>20</sup>Pour le dépassement de laquelle récemment et avec une argumentation convaincante, M. MAZZAMUTO aussi s'est rangé (*A cosa serve l'interesse legittimo?*, *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 46 et suivantes, notamment p. 55 et suivantes).

Au besoin, il peut être utile de commencer par la “codification” de règles sur la participation aux procédures administratives<sup>21</sup>. Comme chacun sait, il s'est agit d'une solution de politique législative à l'inexorable impact “cristallisant” : en tant que telle fortement discutée. Néanmoins, étant d'accord sur la conception de pouvoir discrétionnaire, dans le sens de synthèse de tous les intérêts -publics et privés- impliqués, au moyen de cette dictée normative on a poursuivi l’“objectivation du bas” de l'action des “pouvoirs publics”, en tant que solution unique (dans une réalité administrative fortement différencié et changeante) pour ne pas “tomber dans la prévision d'un schéma rigide et abstrait ou dans l'indétermination d'une pure fixation de principes”<sup>22</sup>. Ainsi, il a été rendu possible : d'une part, de “briser” ce cercle vicieux représenté par la “couverture légale” à une administration “exécutrice” (légitimée seulement pour cela) ; d'autre part, en assurant le contradictoire, d'offrir une base juridiquement contrôlable à l'exercice du pouvoir (“légalité-justice”<sup>23</sup>). Mais il y a davantage.

---

<sup>21</sup>M. PALLOTTINO, *Alcune considerazioni sul merito e sul procedimento*, Nuova rass., 1981, n. 14, p. 1422-1423.

<sup>22</sup>Cf. FRACCHIA – OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, L. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, Giust. amm., 2005, n. 1, p. 48, p. 50-53.

<sup>23</sup>Sur l’“interprétation substantielle du principe de légalité”, par laquelle, en présence de vices de la procédure, on pourra reconnaître une illégalité seulement dans le cas où l'intérêt public n'a pas été convenablement soigné, cf. : CERULLI IRELLI – LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, Dir. amm., 2000, p. 617 et suivantes, notamment p. 618 ; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, Giust. amm., 2002, p. 245 et suivantes ; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giornale dir. amm., 2001, p. 1248 et suivantes ; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, Dir. proc. amm., 1998, p. 299 et suivantes, notamment p. 339 ; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, Dir. amm., 1996, p. 229 et suivantes, notamment p. 250 et suivantes.

Cf. aussi : F. BENVENUTI, *Contraddittorio (principe du)*, Enc. dir., IX, Milano, 1961, p. 738 ; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, Riv. trim. scienza amm., 1978, p. 6 ; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza di Cagliari 1978-1979, Milano, 1980, p. 207 ; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, Studi in memoria di E. Guicciardi,

En effet, si on convient sur cette façon d'être actuelle du profil substantiel, on peut soutenir aussi que celui-ci contribue à faire, de celui administratif, un juge "non purement réognitif", mais "actif, créatif" (non pas un juge qui simplement "rétablit un ordre enfreint", mais "un constructeur, un co-auteur de l'ordre") : comme celui qui ne se limite pas à tutéler des situations subjectives, juridiques de pleine et exclusive attribution individuelle, en conditions de "naturel (institutionnel) déséquilibre" ; mais, à tirer de la réalité sociale l'objet de la propre connaissance (d'abord, en percevant un "conflit d'intérêts", pour ensuite le traduire in termes subjectifs -qu'il y aie ou non un "intérêt légitime" ou un droit subjectif public-). En d'autres termes, si le centre vital de l'action administrative devient l'exercice du pouvoir administratif, le relatif contrôle juridictionnel, ne trouvant pas toujours un ordre normatif accompli : d'une part, finit par entrer en contact avec la multiplicité des intérêts ; d'autre part, se traduit, plutôt que dans la réalisation logicistique de la volonté concrète de la loi (à partir d'une interprétation "conceptuelle"), dans la détermination des "valeurs de justice"<sup>24</sup>. Donc, lorsque le juge administratif contrôle, il crée, en même temps, le paramètre que l'action administrative aurait dû respecter : en établissant ainsi le domaine d'une nouvelle légalité dans laquelle devient évanescence la limite entre légalité et appréciation ultra-légale (- pouvoir discrétionnaire)<sup>25</sup>.

---

Padova, 1975, p. 779 ; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, *Dir. amm.*, 2007, p. 779 ; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996 ; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, *Mondo econ.*, supplément au n. 9/1993, p. 38.

<sup>24</sup>M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, *Foro it.*, 1978, V, col. 161 et suivantes, notamment col. 164.

<sup>25</sup>G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 et suivantes, notamment p. 1890-1891: «la séparation entre légalité et appréciation ultra-légale qui sont des formes et des moyens relatifs à la connaissance de la validité formelle de la mesure, s'atténue, jusqu'à presque disparaître. Éliminé le facteur d'altération plus incisive des termes du jugement, telle que la réduction de l'objet de ce dernier à un problème de validité formelle, les éléments du jugement même recomposent leurs rapports et retrouvent leur position selon l'ordre postulé par la fonction de justice. Sur le plan de la connaissance, tandis que la légalité devient le critère du contrôle du rapport administratif du point de vue des garanties (ici comprise la tutelle de

D'ailleurs, si de telles connexions sont suffisantes pour le dépassement de l'idée que celle administrative en appréciation ultra-légale représente une "juridiction" autonome, on ne peut pas conclure de la même façon à propos de la reconnaissance d'un *proprium* fonctionnel, "survivant" en ce qui concerne l'appréciation ultra-légale.

*2 Pour une nouvelle perspective de la "juridiction" administrative en appréciation ultra-légale*

En tirant les conclusions du discours provisoirement ébauché, la "reconversion" d'un contrôle judiciaire "étendue à l'appréciation ultra-légale" ne peut que passer à travers une conception de la ("plénitude" de la) tutelle qui émane : de l'idée de composition d'un conflit entre les intérêts, bien qu'elle doive nécessairement y trouver l'occasion, dans un contexte qui reste de toute façon de "procès de parties"<sup>26</sup> ; mais, non pour cela, d'une "réponse de justice".

Celle perspective, cependant, ne peut pas s'envisager (si non en absolu, de toute façon avec la garantie qui vient d'une rigoureuse position dogmatique) jusqu'à ce qu'elle ne soit pas liée (non seulement à des solutions de politique législative, mais) à un discours de "révision" de la légalité, du type de celui épistémologique déjà proposé dans une étude

---

l'obtention des finalités d'intérêt collectif), l'appréciation ultra-légale devient critère de connaissance des faits supposés par rapport aux positions des parties du jugement».

<sup>26</sup>L'idée pour laquelle, au-delà de profils de coloration "objective", celui administratif reste un procès dont la fonction principale est de résoudre le litige entre les parties, est vigoureusement confirmée par M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, Riv. dir. proc., 1978, p. 249 et suivantes, notamment p. 252-253, qui en reconnaît la possibilité de la reconduire aux principes : de la demande ; de l'initiative de la partie, en ce qui concerne les aspects auxquels elle est nécessairement reliée à la disponibilité de la situation substantielle ; ainsi que, du contradictoire.

Cf. aussi E. CANNADA BARTOLI, *Principio soggettivo nel processo amministrativo*, Foro amm., 1963, I, p. 334.

complémentaire<sup>27</sup>. En effet, l'objectif est double : la création des conditions pour joindre, aux locutions "pouvoir administratif en appréciation ultra-légale" et "juridiction administrative en appréciation ultra-légale", propres telles que synergiques connotations par rapport au contenu ; de façon telle à donner citoyenneté (sur le plan d'administration active aussi bien que sur celui de procès) à un contrôle en fonction "améliorative", à la lumière d'une conception "moyenne" d'opportunité.

D'où, la possibilité de dépasser, en même temps, d'éventuelles objections, liées :

- soit à la possibilité de configurer sans faute, en tant que vice (de la même façon de celui de légalité, dans lequel autrement il finirait par se résoudre), de n'importe quel contenu "optimisable" ;

- soit (en comparaison d'une norme -générale et abstraite- qui impose à l'autorité un devoir de "bonne administration") à la possibilité de déduire, en siège juridictionnel, de l'acte (en un certain sens) "inopportun", de portée générale et non dans les limites de matières particulières<sup>28</sup> ; en s'exposant, sinon, à la défense de limitations à la tutelle judiciaire énoncée par l'art. 113 Const.<sup>29</sup> ;

- soit à la légitimation à agir en justice (intérêt à introduire un recours), dont la discipline en vigueur ne résulte pas entamée ; restant bien entendue la possibilité d'une

---

<sup>27</sup>P. COTZA, *Le pouvoir administratif...*

<sup>28</sup>À propos de l'actuelle permanence d'un caractère "exceptionnel" de la juridiction étendue à l'appréciation ultra-légale : Cass., assemblée plénière, 17 octobre 2002 n. 14751, *Foro amm. -C.d.S.-*, 2002, p. 2329. Conformément, Cons. Stato, sect. IV, 12 mars 2010 n. 1468, *Foro amm. -C.d.S.-*, 2010, p. 553-554 : «La juridiction en appréciation ultra-légale, aussi bien que celle exclusive, en se posant comme dérogoire par rapport à celle de légalité dans la trame constitutionnelle caractérisée par le principe de séparation des pouvoirs, rend nécessaire une prévision normative, précise et impérative».

<sup>29</sup>Ce qui résulte craintu par VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1599-1600.

adaptation d'éventuelles interventions "révisionnistes" qu'on devait mettre en pratique (d'ailleurs, conformément à la "dimension sociale" propre à la juridiction administrative) ; et, de toute façon, en tenant en considération le dommage que peut subir la recherche de la vérité d'un "procès sans désaccord"<sup>30</sup> ;

- soit à de spacieuses constructions tendues à "justifier" plus de ce qui est dû les différences de relief juridique en comparaison du recours administratif de type hiérarchique ; ce dernier, en effet, présente le caractère d'"instance" adressée à la même administration et, en tant que tel, se prête à un'exposition non seulement de ce qui au droit ou à l'intérêt de l'appelant revient à des dommages, mais aussi de ce qui -au moyen d'une pondération entre public et privé- pourrait se traduire en avantage "de gestion" ; ainsi à justifier -en ce dernier cas- l'inclusion de moyens d'appréciation ultra-légale qui, en tant que plaintes "en voie exclusive", sont exclues lorsque le "siège de justice" est celui juridictionnel<sup>31</sup>.

Au contraire, des implications profitables consisteraient :

- en l'articulation plus nette (et, si c'était nécessaire, objective) de ce pouvoir "additionnel-substitutif" qui (comme rapporté) a été partiellement absorbée par le contrôle de légalité et qui traditionnellement à lui était même interdit<sup>32</sup> ; tandis qu'on pourrait

---

<sup>30</sup>G. PALEOLOGO, *Merito, prove e riparto di giurisdizione*, Nuova rass., 1981, n. 14, p. 1424-1427.

<sup>31</sup>G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, Enc. dir., XXVI, Milano, 1976, p. 130 et suivantes, notamment p. 140-141.

<sup>32</sup>Cons. Etat, sect. V, n. 1256/1962, *Cons. St.*, 1962, I, p. 2045 ; n. 826/1960, *Cons. St.*, 1960, I, p. 2267. L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s., segn. pp. 48-49 : «...la vérification de la persistance ou moins concrètement du respect des critères du résultat, en tant que correspondants à des parties, à des composantes ou à des fragments de celui-ci, semble rapportable à un contrôle de type objectif, de fait et technique, qui agit comme tel sur le plan de la légalité».

s'étendre (au-delà du nombre des matières) pour suppléer, par exemple, à une conduite inerte (de silence) de la part de l'administration<sup>33</sup> ;

- par l'effet (complices les préjugés du principe de répartition), en permettant de mettre un frein (et même, de faire demi-tour) à la tendance du juge administratif et du Législateur même, à faire régresser progressivement celle en appréciation ultra-légale, par rapport à une juridiction de légalité de plus en plus étendue et garnie<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup>R. CHIEPPA, *Scelte politiche ed amministrative e rafforzamento delle responsabilità e dei controlli anche di merito*, Nuova Rass., 1981, n. 14, p. 1420-1422.

<sup>34</sup>Tribunal Administratif Regionale du Lazio, sect. III, n. 262/1988, *Trib. amm. reg.*, 1988, II, p. 799 ; sect. I, n. 709/1995, *Foro it.*, 1996, III, col. 193 ; Cons. Etat, sect. IV, n. 139/1996, *Giur. cost.*, 1996, p. 1240 (sur la censure cinématographique) ; Cons. Etat, sect. V, n. 220/1996, *Cons. St.*, 1996, I, p. 222, *ibidem*, *Foro amm.*, 1996, p. 553 (sur les ordonnances pour des cas fortuits et urgentes *ex art.* 38, comma II, L. n. 142/1990).

Cf. aussi CORAGGIO, *Merito amministrativo...*, p. 144.

D'où, la tendance de la jurisprudence, plutôt qu'à dégager le contenu de la compétence en appréciation ultra-légale, à signaler la limite qu'il n'est pas admis, à la compétence de légalité, de franchir : Cass., assemblée plénière, n. 1387/1976 ; n. 1736/1984 ; Cons. Etat, sect. IV, n. 816/89, *Foro amm.*, 1989, p. 3029 ; Tribunal Administratif Regionale du Lazio, Roma, sect. I, 9 mai 2012 n. 4169, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 1607-1608 («Les plaintes dirigées à censurer les évaluations ultra-légales, de caractère discrétionnaire, effectuées par l'Administration, sont inadmissibles») ; Tribunal Administratif Regionale du Lazio, Roma, sect. I, 3 septembre 2012 n. 7489, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 2728-2729 («Il n'y a aucun espace dans le domaine du contrôle de légalité pour évaluer directement et en voie autonome ultérieures évaluations consulentiennes, qui se réfèrent à l'appréciation ultra-légale des questions examinées par l'autorité qui procède, par le contradictoire avec l'intéressé, en substitution inadmissible du siège judiciaire à celui de l'administration compétente») ; Tribunal Administratif Regionale du Friuli Venezia Giulia, sect. I, 24 octobre 2012 n. 380, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, p. 3087 («Il est interdit au juge administratif de contrôler la suffisance ou l'insuffisance de la qualité du service assuré par quelques stations RAI alternatives») ; Tribunal Administratif Regionale du Lazio, Roma, sect. I, 1<sup>o</sup> juillet 2013 n. 6493, *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, p. 2321-2322 («La demande de réexamen d'une appréciation ultra-légale est naturellement étrangère au contrôle de légalité»).

3.1 Annotations de droit du procès. De l'exercice et des limites des pouvoirs "typiques" de décision

Des recherches sur la "justice administrative" ont semblé prioritaires, en considération des questions d'identité (fonctionnelle) irrésolues qui ont marquée l'histoire même de l'institution, en particulier par rapport à une toujours plus grande "plénitude" de prérogatives (soit de cognition soit décisionnelles) que le système reconnaît à la juridiction de légalité : au point de renforcer la conviction générale que le Code approuvé avec D.Lgs. n. 104/2010 cit., malgré les "correctifs", n'a pas fourni de réponse satisfaisante à l'instance d'un authentique (organique) *processus iudicii* sous le signe de la spécialité.

Le fait demeure que, finalement, une prévision de droit positif bien que réduite<sup>35</sup>, et (pas par hasard) un panorama jurisprudentiel bien que réduit (à l'appui de la substantielle stabilité de la donnée d'expérience), ne peuvent pas exempter d'une transposition des propos sur le plan du droit du procès. En particulier, à partir des ultérieures implications qui font écho aux issues principales du discours "actualisant" ci-dessus mentionné : en tant

---

Cf. aussi : G. VACIRCA, *Riflessioni sui concetti di legittimità e di merito nel processo amministrativo*, *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, III, Roma, 1981, p. 1573 et suivantes, notamment p. 1610-1611 et suivantes ; G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1861 et suivantes, notamment p. 1888 ; OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, p. 195.

<sup>35</sup>L'art. 7, comma VI, D.Lgs n. 104/2010 cit., en disposant que "le juge administratif exerce la juridiction avec cognition étendue à l'appréciation ultra-légale dans les différends indiqués par la loi" en général, renvoie en détail à l'art. 134 où sont prévues à peine cinq *species* qui ont pour objet : a) l'exécution des arrêts juridictionnels exécutoires ou des sentences passées en vertu de chose jugée dans le domaine du jugement d'obtempérance (discipliné par le Livre IV, Titre I) ; b) les actes et les opérations en matière électorale, attribués à la juridiction administrative (*ex art.* 126 et suivantes c.p.a.) ; c) les sanctions pécuniaires la contestation desquelles est assignée à la juridiction du juge administratif, y comprises celles appliquées par les autorités administratives, indépendant et celles prévues par l'art. 123 relatives aux sanctions alternatives ; d) les contestations sur les limites des administrations territoriales ; e) le refus de dessaisissement de permis cinématographique aux termes de l'art. 8, L. n. 161/1962.

qu'inhérentes à l'exercice et aux limites des pouvoirs "typiques" de décision qui, étant en harmonie "de fond" avec ce qui a été observé par des remontantes doctrines, ne peuvent pas être proposées à nouveau par les claires expressions de celles-ci.

Ainsi, pour cette occasion de réflexion en vertu de laquelle (aux termes de l'art. 27, n. 4, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054) *«même le juge administratif possède une faculté d'évaluation qui, quelquefois, pourrait le conseiller, en vue de l'intérêt public de l'action administrative, à s'abstenir de l'annulation de l'acte»*<sup>36</sup>.

Encore, pour cet ordre de connexions selon lesquelles : *«on peut demander ...si le juge de l'appréciation ultra-légale est tenu dans tous les cas à rendre un arrêt que dépassait la pure annulation de l'acte, dans le sens que, même lorsque le juge se limite à annuler la mesure attaquée en tant qu'illégale, on doit de ceci implicitement déduire une décision en appréciation ultra-légale, équivalente à la décision (conciliante l'intérêt public avec le privé) selon laquelle, dans ce cas, la meilleure tutelle, consisterait à ne prendre aucune autre mesure. Pourtant en partageant l'opinion qu'en certains cas le juge pouvait ainsi disposer, notre réponse est que le juge n'est pas tenu nécessairement à l'émission d'un arrêt qui dépasserait la pure annulation, non seulement car le juge de l'appréciation ultra-légale est toujours un juge de légalité, mais aussi parce qu'un arrêt de pleine réintégration doit être accordé en fonction du "petitum" des parties et même être influencé par appréciations ultra-légales»*<sup>37</sup>. En d'autres termes :

- si le renvoi à la juridiction en appréciation ultra-légale de certains litiges répond à l'exigence de défendre en manière plus pleine des situations particulières subjectives (qui peuvent avoir le même relief constitutionnel) ; de sorte que le juge administratif, comme

---

<sup>36</sup>P. BODDA, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi* -note à Cons. Etat, sect. IV, 24 septembre 1941 n. 304-, *Foro amm.*, 1942, I, 1, col. 1 et suivantes, notamment col. 6.

<sup>37</sup>A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, actuellement *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 370 et suivantes, notamment p. 461-462.

d'habitude, ne peut pas faire abstraction de l'exercice des pouvoirs d'exception que sont de sa compétence ;

- néanmoins, on tient compte que :

à propos des pouvoirs de connaissance, ce juge ne pourra pas renouveler un'évaluation discrétionnaire quelconque, mais seulement celles qu'exige la tutelle des intérêts particuliers pris en considération par le Législateur au moyen du renvoi de certains litiges à sa compétence ; de la même façon, à propos des pouvoirs de reconstitution de la situation de fait de laquelle est né l'acte contesté<sup>38</sup> ;

les pouvoirs de décision (modification et substitution de l'acte contesté), devront s'exercer en cohérence avec ceux de connaissance ; donc on agira dans le cas où de la reconnaissance de la situation de fait et de son appréciation dérive l'opportunité que l'acte soit modifié ou remplacé afin que l'intérêt de l'appelant puisse trouver pleine satisfaction<sup>39</sup> ; d'ailleurs, sans pour ça exclure la possibilité d'actes conséquents de la part de l'administration, à cause du dépassement du régime contenu dans le T.U. Cons. Etat (art. 45) qui admettait l'éventualité de ces derniers seulement dans le domaine du ressort de la juridiction de légalité<sup>40</sup>.

En fonction de ces mêmes éléments il semble qu'un ordre ultérieur de questions doit être également résolu. Ainsi, en ce qui concerne la thèse selon laquelle, dans le cas de réformation ou de substitution de l'acte attaqué, l'arrêt relatif serait équivalent à la même décision que celle prise par l'autorité administrative ; on partage celle d'après laquelle, au contraire, le contenu de l'arrêt devrait être placé en relation avec le litige soumis à l'examen

---

<sup>38</sup>ROEHRSEN, *La giurisdizione di merito...*, p. 221.

<sup>39</sup>OTTAVIANO, *La giurisdizione di merito...*, p. 193-194.

<sup>40</sup>G. CORREALE, *Atti consequenziali al giudizio di merito*, *Nuova rass.*, 1981, n. 14, p. 1417-1418.

du juge. *«L'activité du juge, en effet, doit se limiter au thème du litige, et par conséquent l'arrêt ne doit pas sortir de ces limites. C'est vrai que néanmoins, en défendant le droit ou l'intérêt avec la réforme ou la substitution d'un acte administratif, qui est un acte par définition caractérisé par des intérêts publics, il est évident, que le juge devrait considérer cet intérêt. L'arrêt du juge donc, en devant contenir une détermination dans laquelle entre également comme coëfficient l'intérêt public, devrait être adéquate à cet intérêt public, ne pas être seulement un arrêt inspiré par des critères d'équité ; naturellement il ne devra pas être non équitable, mais en tant qu'équitable il devra être aussi opportun»<sup>41</sup>.*

*«Enfin la circonstance par laquelle l'arrêt du juge, en tant que dirigé vers la pleine réintégration, circonscrite seulement au thème du litige, peut servir à expliquer, d'un côté, la raison pour laquelle l'activité du juge en la matière reste dans le domaine de l'activité juridictionnelle [rectius, judiciaire], même si elle comporte l'exercice de pouvoir discrétionnaire ; de l'autre, [elle peut] aider à comprendre le difficile problème de l'efficacité de la chose jugée des sentences constitutives émises par le juge de l'appréciation ultra-légale. Et ceci soit parce qu'il est difficile de comprendre comment une disposition administrative, vraie et propre, peut acquérir une telle efficacité bien que dûe à l'autorité juridictionnelle, soit parce que l'activité administrative par l'arrêt du juge ne reste pas du tout entravée, le respect de la chose jugée se limitant seulement au point où l'intérêt privé grave sur l'intérêt public et en pouvant, quant à la partie restante, embrasser et se mouvoir selon le changeant intérêt administratif»<sup>42</sup>.*

---

<sup>41</sup>AMORTH, *Il merito...*, p. 462-463. Cf. aussi P. G. PONTICELLI, *Appunti intorno al problema della compatibilità fra divieto costituzionale di controlli di merito e giurisdizione di merito, La giurisdizione amministrativa di merito* (séminaire organisé à Perugia, 3-4 novembre 1968, par la section ombrienne du Centre italien d'études administratifs), Firenze, 1969, p. 53 et suivantes, notamment p. 57.

<sup>42</sup>AMORTH, *Il merito...*, p. 463-464.

### 3.2 Pour un supplément de profils de "technique du procès" et d'"organisation"

En définitive, les aspects dogmatiques (avec les relatives implications), sur leur base l'orientation de la parabole du contrôle (judiciaire) en appréciation ultra-légale devrait s'invertir, peuvent être ainsi éclairés à la lumière de l'actuelle façon d'être de l'intervention administrative dans la vie sociale. Néanmoins un tel discours risque de résulter justifié et plausible seulement en abstrait ; à moins de dépasser (au-delà d'une traditionnelle résistance de la part du même juge administratif à l'exercice de cette compétence et des pouvoirs instructeurs connexes) certaine inaptitude, sur le plan aussi bien de la "technique du procès" que d'"organisation", probablement éludé du moment que (avec une certaine désinvolture) on s'est limité à reconnaître, parmi les traits "distinctifs" de la juridiction en appréciation ultra-légale (non seulement ceux, déjà traités, de la "caractéristique typique-exceptionnelle" et "additive"), la non altération de la structure du procès, "ordinaire" (telle que sous-tendu au contrôle de légitimité)<sup>43</sup>. Parmi les solutions qui, en tel sens, peuvent se présenter au niveau législatif, sont susceptibles de signalisation :

la reconnaissance détaillée d'une légitimation des parties du procès à contribuer à la reconstruction de l'acte, de façon à ramener l'activité "substitutive" dans la sphère du contradictoire, en conjurant le risque d'appréciations (bien que prudentes, équitables) décousues entre elles et surtout dépourvues de liens avec l'ensemble de l'action administrative<sup>44</sup> ;

l'intégration des collèges au moyen d'experts des divers secteurs qui, de temps en temps, se joindraient aux "juges de carrière"; autrement, le recours, de la part du "bureau"

---

<sup>43</sup>Cf. GAROFOLI-FERRARI (dir. par), *Codice del processo amministrativo* (annoté), Roma, 2010, vol. III, p. 1848-1849.

<sup>44</sup>Risque craint par M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, *Foro it.*, 1969, V, col. 59 et suivantes, notamment col. 64.

chargé de juger (par voie collégiale ou présidentielle), aux organes techniques-consultatifs spécialement institués dans l'administration ou étrangers à cette dernière<sup>45</sup>.

Il s'agirait, de toute façon, de conformer, à l'introduction de tels mécanismes, la même responsabilité du juge (puisque'il est inamovible aux termes de l'art. 107 Const.), aussi par rapport aux temps ordinaires de ses décisions.

Seulement à ces conditions "de manœuvre" on pourrait dissiper les (autrement fondées) perplexités à propos de plus grandes garanties (en concret) d'efficacité de l'activité administrative, qui résultent du remplacement d'une détermination "discrétionnaire" (de l'administration, telle que soumise à un contrôle de cohérence et rationalité de la part du juge), par autre détermination ("discrétionnaire", cette fois-ci du juge) soustraite à contrôle extérieur<sup>46</sup>.

≈

---

<sup>45</sup>M. NIGRO, *Linee di una riforma necessaria e possibile del processo amministrativo*, *Riv. dir. proc.*, 1978, p. 249 et suivantes, notamment p. 257. Cf. aussi VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1592-1593.

<sup>46</sup>VACIRCA, *Riflessioni...*, p. 1604. G. VIGNOCCHI, *Problemi della giurisdizione di merito*, *La giurisdizione amministrativa di merito* (séminaire organisé à Perugia, 3-4 novembre 1968, par la section ombrienne du Centre italien d'études administratifs), Firenze, 1969, p. 134 et suivantes, notamment p. 137. Selon GASPARRI, *La crisi...*, p. 82, le silence réservé par la Constitution à la juridiction en appréciation ultra-légale (à la différence de celles de légalité et exclusive) ne serait pas à considérer casuel.