
**IL MERITO AMMINISTRATIVO
REPORT ANNUALE - 2013 - ITALIA**

(Dicembre 2013)

Dott. Paolo COTZA

INDICE

1. LEGITTIMITA' E MERITO NEL DIBATTITO TRADIZIONALE

1.1 Introduzione

1.2.1 Implicazioni del dato “positivo” ...

1.2.2 ...e remore tradizionali

1.3 “Legittimità-giustizia” degli atti come condizione di buona amministrazione e “vizio di merito” quale momento “causale” dell’invalidità

1.4 Indeterminatezza “in positivo” del merito. Risoluzione dell’interesse pubblico nell’ordinamento; potenziamento dell’eccesso di potere...

1.5 ...parziale assorbimento del merito nell’ambito di una discrezionalità “esternalizzata”

1.6 Attuale “stato dell’arte” e prime prospettive di un discorso “interdisciplinare”

2. CONTRIBUTO EPISTEMOLOGICO E “MEZZI” ATTI A CONFERIRE RILIEVO GIURIDICO AL MERITO AMMINISTRATIVO. RELATIVE IMPLICAZIONI

2.1 Limiti attuali di una logica del risultato applicata al merito amministrativo

2.2 Apporto epistemologico e contenuto-valore autonomi del merito amministrativo

2.3.1 Mezzi atti ad accertare “il modo di effettuazione del principio di opportunità” nonché, diretti a “rendere quest’ultimo efficiente”. Introduzione...

2.3.2 ...*Tipologia*

1. LEGITTIMITÀ E MERITO NEL DIBATTITO TRADIZIONALE

1.1 *Introduzione*

Nonostante una lunga ed autorevole tradizione di studi, complice un “parco” contributo di diritto positivo, l’intera parabola del “merito amministrativo” risulta contraddistinta tanto da “fragilità teorica” quanto da “aleatorietà applicativa”¹.

In effetti, intorno a quella formula si sono registrate accese dispute dottrinali: innanzitutto, sul suo risolversi integralmente in concetti giuridici (a loro volta dibattuti) quale quello di discrezionalità (così amministrativa che tecnica), in quanto entrambi riferibili all’ambito dell’“insindacabile in legittimità”²; sì da occupare un’area dalle dimensioni variamente modulate ad opera della legislazione. Altrimenti: complice la contrapposizione delle ottiche poste a base della libertà/doverosità del momento discrezionale; stante altresì l’equivocità di concetti sostanziali non del tutto sovrapponibili (“opportunità”, “convenienza”, “buona amministrazione”); si è ritenuto scientificamente più corretto d’interrogarsi sul suo modo d’essere nel quadro dei rapporti fra decisione amministrativa e diritto (se, pur connotando un’attività giuridicamente rilevante, il merito implichi giuridicità o meno della relativa disciplina³).

¹Sul tema, può rinviersi a A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di “merito”*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 517 s.

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

³Così e per la negativa, M. S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 439 (ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2000, II, p. 347 s.), in polemica con C. MORTATI, *Note sul*

Pare sintomatica, del persistere di siffatte criticità, la circostanza (tratta dal dato globale di esperienza giuridica) d'imbattersi ancora in un risalente “luogo comune” che tende a risolvere quell’idea (sul piano logico prima che giuridico) secondo (un rapporto diadiaco di) “non-legittimità”. In altri termini, ci si troverebbe al cospetto di un processo decisionale inerente all’attività amministrativa (in senso lato -traducentesi o meno in “atti di produzione giuridica”-), corrispondentemente al quale è riservato all’autorità (in vista del perseguitamento degli interessi affidati alle sue cure) un “marginе di valutazione” non governato da regole giuridiche (sia, essa prerogativa, “oggettivabile” -mediante altre regole, quali quelle tecniche- o meno -ponderazione degli interessi in causa-)⁴.

Non si rivela soddisfacente, onde lumeggiare il problema, lo storico riferimento di diritto processuale ad una pronuncia “aggiuntiva” (per cui il giudice sarebbe abilitato a posporre ogni questione di merito a quelle di legittimità e praticamente a non pronunziarsi sulle prime qualora il provvedimento fosse impugnato altresì per un motivo di legittimità reputato fondato⁵): se non nei limiti in cui autorizza a riconoscervi (più o meno consapevolmente) una giustapposizione (anziché una contrapposizione) con la legittimità. Si può solo rilevare (di là dal variegato ventaglio di significati annessivi da quel lessico tecnico) che allo sforzo dell’interprete (di “sistematizzazione e chiarimento” delle travagliate relazioni fra attività amministrativa -per l’appunto- e giurisdizione) restano pochi margini, fintantoché egli operi secondo un’impostazione pandettistica, ligia ai rigidi schemi della separazione di poteri, cui ricondurre -quando recepite- le istanze di giustizia provenienti

potere discrezionale, Roma, 1936; Id., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato dir.*, 1941; Id., *Discrezionalità*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1099 s.

⁴A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, pp. 595-596. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1964 n. 1036, in *Cons. St.*, 1964, pp. 1684-1685; sez. IV, 3 giugno 1964 n. 690, in *Cons. St.*, 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.

dalla società: si perviene inesorabilmente all'esito d'insindacabilità di quell'ambito; al più (sotto il condizionamento del "diritto comune"), esaurendo la giurisdizione amministrativa, speciale nei termini formalistici di una questione di ampiezza di (soli) poteri decisori. Ma, anche nel momento in cui si avverte che alcun dato costituzionale dispone quella "riserva di amministrazione"; resta da spiegare in cosa consista il substrato sostanziale della correlazione, fra la prerogativa "ulteriore" ed il carattere di "cognizione" della medesima, ormai resa espressamente dal vigente dato "positivo" (art. 7, co. VI, ed art. 134, D.Lgs 2 luglio 2010 n. 104).

1.2.1 Implicazioni del dato "positivo" ...

Il menzionato episodio normativo è destinato a segnare profondamente la parabola dell'elaborazione dogmatica sul merito amministrativo, giacché:

- di là dal sottrarlo definitivamente alla condizione di "attrattiva" per i soli cultori della scienza dell'amministrazione;
- pur superando la tesi secondo la quale il rilievo giuridico del merito è legato alla previsione (di diritto positivo) di "mezzi" -istituti-, nella disponibilità dei soli organi competenti dei "pubblici poteri", atti ad accertare "il modo di effettuazione" del principio di opportunità - buona amministrazione (quale limite conformativo di matrice logica, tipico dell'azione dei "pubblici poteri" -"bontà intrinseca"- e distinto da quello di "specialità") nonché, "diretti a rendere quest'ultimo efficiente";
- pare decretarne un progressivo definirsi quale tipo di sindacato (controllo/giudizio) sull'attività, piuttosto che "componente" (se non "elemento costitutivo") dell'atto, come pure avrebbe voluto certo dibattito specialistico storicamente dispiegatosi a partire dal punto di vista del (tipo di) "disvalore", in parallelo alla coeva concezione di "legalità amministrativa".

Ne consegue il delinearsi di un costante condizionamento, secondo le scansioni efficacemente rese dalla logica delle "coppie d'opposti", per via della travagliata vicenda evolutiva dell'ambito dell'azione dei "pubblici poteri" coperto dalla legittimità; con

particolare riguardo alla versione “sostanziale” di quest’ultima che, nella “scala” dei tipi di sindacato, rappresenta quello più prossimo al riscontro di merito, condividendone un carattere “intensificato”, sì da segnare il superamento del (pseudo-)principio di “riserva” a favore di quello di “preferenza” di amministrazione.

Tale vicenda, peraltro, rileva sotto due versanti:

- innanzitutto, perché, mentre l’originario binomio “(sindacato di) legittimità” – “(sindacato di) merito” tendenzialmente veniva avvertito come del tipo A/B (secondo “estremi polarizzanti”), il binomio “legittimità” – “merito”, tende invece a porsi come del tipo A/non-A (ossia “a terzo escluso”);

-con la conseguenza di “mettere in crisi” il merito, nella misura in cui il processo di definizione dell’interesse pubblico concreto, da parte dell’amministrazione, viene smarrendo il suo carattere imponderabile, per acquisire le “cadenze oggettive ed impersonali” che lo rendono sempre più intimamente conoscibile dal giudice;

-laddove, se si conviene che è venuto meno (per assorbimento) il solo ambito “materiale” ed oggettivo di attività dell’amministrazione che un tempo si reputava proprio e caratteristico del concetto di “merito”; resta comunque rilevante una sua ricostruzione concettuale, onde cogliere le diverse tecniche e modalità di un sindacato altrimenti riconducibile alla legittimità;

- in secondo luogo, perché la legittimità, nonostante sia inconcepibile come dissociata dallo scopo di cura degli interessi generali, non implica un “obbligo giuridico, istituzionale”; piuttosto, modalità onde vada concretamente ad esercitarsi il potere⁶;

- ma ciò determina uno spostamento, rispetto all’asse della “legalità obiettiva”, con ripercussioni interessanti sull’opera di “riabilitazione” del “merito” che non paiono del tutto

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

sondate, in ragione di certo deficit dogmatico; mentre, potrebbero tornar utili proprio alla luce dell'attuale assetto normativo, di matrice processuale.

In tale scenario, il menzionato dato “positivo” di novità fornisce l'occasione per dedicare al merito amministrativo una riflessione “attualizzata” anche sul piano scientifico; stavolta, ripromettendosi: sia la revisione, su base contenutistico-funzionale, di un suo (pur residuo) “rilievo giuridico”; sia, in prospettiva, la complementare delineazione di un quadro unitario che consenta di ricondurre la giurisdizione estesa al merito (anche al di là di quanto attualmente ammesso dal “dato positivo”) ad un potere di cognizione corrispondente alla nozione “sostanziale”. L'obiettivo così dichiarato (ad un tempo, di sistemazione delle conoscenze, per approdare ad un allargamento della prospettiva giuridica) implica, però, una duplice operazione: l'annettere, alla locuzione “merito amministrativo”, compiutezza di determinazione “in positivo”; quindi, il collaudarne l'autonomia funzionale.

Solo a quelle condizioni dogmatiche, potrebbe qualificarsi come d'interesse, per il giurista, ove termini il tradizionale sindacato di legittimità ed inizi (eventualmente) lo spazio riservato al “merito”.

1.2.2 ...e remore tradizionali

Ciononostante, si deve far i conti con certa vischiosità di approdi, la quale si spiega tenuto conto che:

- per un verso, il rapporto fra l'atto ed il diritto obiettivo risulta molto più “intenso e avvolgente” nell’“emisfero pubblicistico” (in genere), di quanto non avvenga (in forza del principio di autonomia) in quello “privatistico” dal quale (teoria del negozio giuridico), pure, il “merito” risulta mutuato; la legittimità rappresentando il titolo principale (se non l'unico) di giustificazione (giuridica e politica) delle “decisioni di apparato”;

- per altro verso, l'ascesa stessa del “merito” alla ribalta della sistematica del diritto amministrativo si suol ricondurre ad un’“inversione di metodo” doppiamente regressiva;

la “favorevole sponda” è prestata, per l’occasione, da un argomento tratto dalle contingenze dello strumentario legislativo, nel momento in cui, con gli storici interventi normativi in punto di giurisdizione amministrativa (a partire dalla Legge Crispi), il termine “merito” si fa portato della scelta “politica” di conferire, *ratione materiae*, poteri ulteriori al competente giudice “speciale”; si da pervenire ad una costruzione diadica del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi (“di legittimità / di merito”) corrispondentemente alla quale l’atto legittimo può essere “eliminato” o “disconosciuto” «*come se fosse illegittimo*»;

- la coeva speculazione non era in grado di render conto univocamente delle implicazioni, in punto di cognizione, di quell’“approdo” politico: limitandosi a prenderne atto a fronte del principio di riparto dei poteri dello Stato; con conseguente radicamento del tendenziale divieto, per i giudici amministrativi, di procedere a valutazioni avulse da quelle di “obiettiva legalità” dell’atto;

- in disparte la circostanza per cui l’analogia fra decisioni, giurisdizionale ed amministrativa (possibile sul piano degli effetti materiali), non implica alcuna identità di caratteri; per quel che maggiormente giova all’indagine specialistica, si registra l’affermarsi (all’attenzione degli interpreti), dapprima, di una (pur scarna) casistica di diritto sostanziale in corrispondenza della quale la circostanza per cui le scelte amministrative non fossero comunque valutabili in termini d’illegittimità, non ha precluso di configurare come (non semplicemente inopportune, bensì) viziate decisioni amministrative palesemente ed intrinsecamente arbitrarie; al punto da prefigurare l’enucleazione di una (dibattuta) categoria concettuale di vizi (“di merito”, per l’appunto) distinta rispetto a quelli di legittimità (anzi, tanto eterogenea da risultare inconciliabile), ma comunque in grado di rendere l’atto invalido;

- ulteriore passaggio sarà quindi rappresentato dall’affermarsi della tesi di una eterogenea composizione (a seconda dell’orientamento, sotto forma di “elementi costitutivi”) dell’atto amministrativo;

- per altro verso ancora, il limite epistemologico a lungo patito dall'interprete, col "trattare" le disposizioni normative come se fossero improntate al solo schema "ipotetico-casuistico" (autosufficiente rispetto al momento applicativo), ha favorito il radicarsi di una concezione formalistica della legalità amministrativa; a discapito delle potenzialità di altra, di stampo teleologico, pure andata sviluppandosi sotto la presente esperienza statuale.

Ne è conseguito che, complice un modo di essere (o d'intendere) il sindacato giurisdizional-amministrativo complementare a quella anacronistica condizione della legalità, risulta incompiuto il discorso relativo ad una valutazione sull'agire amministrativo in ragione del "risultato" economico-sociale; il primo appiattito com'è sul modello "compositivo" di un conflitto originato (in genere) da un esercizio non ragionevole del potere (discrezionalità / eccesso di potere).

1.3 "Legittimità-giustizia" degli atti come condizione di buona amministrazione e "vizio di merito" quale momento "causale" dell'invalidità

Da tempo si è rilevato come, persino agli albori della giurisdizione amministrativa, «*la legittimità del provvedimento "non si potesse esaminare sempre e in modo assoluto indipendentemente dalla 'giustizia' e quindi dal 'merito' dei provvedimenti". Il ricorso all'idea di giustizia, il riferimento ai principi che debbono regolare e regolano l'attività delle autorità amministrative, furono il mezzo tecnico del quale la giurisprudenza si servì per giungere a valutare, oltre che la conformità dell'atto al modello legale, la "legittimità intrinseca" dei provvedimenti. In un parere reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato in data 15 novembre 1884 si può leggere una completa esposizione dei principi che hanno guidato la giurisprudenza a ritenere compreso nella propria competenza di legittimità anche "il riesame di quelle questioni sostanziali che si riferiscono alla 'giustizia' dei provvedimenti, essendo questa la 'condizione' di ogni buona amministrazione", a verificare che vi fossero stati o meno errori nell'apprezzamento del fatto, a portare l'esame sui criteri e sui motivi dai quali le autorità erano state guidate nell'esercizio dei poteri a loro attribuiti*». Dunque, «*la legittimità del provvedimento non si*

valuta -o, quanto meno, non si valuta solo- rispetto allo schema normativo dell'atto, ma ha riguardo all'insieme di circostanze e di atti che individuano il potere e determinano il modo d'essere della funzione così come si atteggia nel procedimento»⁷.

Se in ciò si conviene, accanto a quella di conformità dell'atto al modello legale, si deve ammettere altra accezione, intrinseca e complementare alla prima, di legittimità: corrispondente all'idea di giustizia.

Sennonché, sussistono forti perplessità circa il valore tecnico del sintagma “vizi di merito” eppertanto, sulla possibilità di configurare l'inopportunità come stato viziato del provvedimento: a partire dall'osservazione per cui, onde affermare la rilevanza dell'invalidità sul piano dell'ordinamento generale, occorre che il vizio sia “obiettivamente accertabile”.

E', infatti, indimostrato se esistano autonome norme o regole generali (elementi obiettivi di riferimento) in forza delle quali stabilire quando un atto sia opportuno o meno⁸; senza contare la contraddizione che s'integrerebbe per via di una situazione di doverosità in termini generali cui corrisponderebbero “mezzi”, per farla valere, dal carattere frammentario se non eccezionali. D'altronde, dovrebbe trattarsi di norme “a contenuto indeterminato” che produrrebbero i propri effetti giuridici mediante l'integrazione di contenuti che attingono alle valutazioni di fatto, dalla legge affidate all'apprezzamento discrezionale della pubblica amministrazione; laddove, si è obiettato che le norme d'azione

⁷A. PIRAS, *Invalidità c)* Diritto amministrativo, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., segn. pp. 606-607. Cons. Stato, sez. riun., 15 novembre 1884, in *Giur. it.*, vol. 37, 1885, pt. III, col. 118 s.

Cfr. pure R. TOMMASINI, *Invalidità b)* Diritto privato, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575 s., segn. p. 590 e nt. 102; D. U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* (a cura di V. Cerulli Irelli), Napoli, 2006, p. 393.

⁸Cfr. 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.; CASETTA, *Attività...*, p. 302.

non possono che essere giuridiche eppertanto, a contenuto determinato⁹. Tant’è che gli isolati episodi normativi, da taluni addotti onde suffragare la tesi dell’annullabilità d’ufficio per “vizi di merito”, rivelano una semplice contrarietà ai fini di quelle disposizioni che (di volta in volta) li contemplano: sì da integrare un vizio di legittimità, posto che gli scopi delle norme (per quanto la rilevazione ed interpretazione possano essere poco agevoli) fanno pur sempre parte di queste ultime¹⁰.

A ben vedere, dunque, il primo esito di quel moto “regressivo” poteva al più giustificarsi, a partire dalla percezione (in termini di particolare disvalore) di determinate infrazioni al principio di buona amministrazione, facendo leva sul loro trasmodare (specie per via di aberrazioni dell’*iter logico*) in eccesso di potere¹¹.

Non altrettanto si sarebbe potuto concludere per il passaggio ulteriore. Quest’ultimo, infatti, ha integrato una autentica forzatura per la teoria generale dell’atto amministrativo, dal momento che la nozione di merito amministrativo riguarda non l’atto, bensì l’attività discrezionale che lo precede, preordinata com’è alla sua adozione (*rectius*, quella parte di essa che, non conformata da norme giuridiche di azione, pertiene alle scelte di “politica amministrativa”, da attuarsi in relazione all’adozione ed al contenuto dell’atto stesso); cosicché anche l’oggetto del relativo sindacato giurisdizionale concerne propriamente quell’attività; mentre l’atto (in quanto risultante di una certa attività, compiuta in certo modo) sarebbe esclusivamente il parametro di riferimento cui ricorrerebbe il giudice di merito nell’esercizio di un sindacato diretto a rinnovare l’attività amministrativa già svolta,

⁹Cfr. CASETTA, *Attività...*, p. 327.

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

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

onde apprezzare la bontà delle scelte discrezionali compiute dalla pubblica amministrazione¹².

Sta di fatto che l'accennata “inversione di metodo” preluderà a quel tornante di svolta che verrà definitivamente imboccato dalla teoria dell’invalidità e che condurrà da una qualificazione di quell’idea *quoad effectum* (mutuata dalla dogmatica civilistica del negozio giuridico) alla centralità riconosciuta al suo momento “causale”¹³. Da qui, la questione relativa al contenuto “in positivo” da riconoscere al “merito” (per l’appunto, secondo l’ottica del “vizio dell’atto”). Da qui, parimenti, uno “stato d’incertezza” al punto che si è andata affermando una nozione d’invalidità “sganciata”: non solo da quella risalente (“*quoad effectum*”); ma anche dalla “natura” dei “vizi” dell’atto. L’accento, stavolta, cade sull’“anomalia” di atti giuridici, idonei a produrre effetti, ma solo di provvisori, ammessa in nome del principio della “conservazione dei valori giuridici”.

1.4 Indeterminatezza “in positivo” del merito. Risoluzione dell’interesse pubblico nell’ordinamento; potenziamento dell’eccesso di potere...

Gli è che ogni disamina sulla vicenda del merito amministrativo deve ricondursi entro l’alveo degli sviluppi impressi alla nozione di legittimità ed attraverso di essa, in una prospettiva di tutela, all’interesse legittimo.

Se infatti quest’ultimo, in quanto qualificazione dell’aspirazione individuale, subordinata alla legittimità nell’esercizio del potere pubblico, può garantire solo entro i limiti in cui quel potere è “considerato” dall’ordinamento;

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

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

-se l'intensità di quella garanzia dipende dalla nozione accolta di legittimità *id est*, dalla "misura" in cui l'interesse pubblico si risolve nell'ordinamento (l'interesse legittimo non potendo definirsi "che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto");

-in quest'ottica, è agevole intuire quanto si sia rivelato grido d'implicazioni l'affermarsi dei principi d'imparzialità e buon andamento¹⁴.

Da ciò, il perfezionarsi del dibattito sull'illegittimità, quale (asserito) "precipitato" pubblistico (vizio tipico) dell'idea d'invalidità, conformemente al diffuso convincimento che nel nostro ordinamento vige un "canone generale di ragionevolezza" e che il potere amministrativo si legittimi (quantomeno, anche) in base al suo esercizio razionale poiché la discrezionalità non è arbitrio¹⁵. Da ciò, la duplice riconducibilità di quel concetto: alla "non conformità alle leggi" (nel senso di non corrispondenza formale dell'atto amministrativo allo schema legale¹⁶); ad un'accezione più pregnante (peraltro trasversale rispetto al menzionato avvicendamento statuale), di tipo sostanziale¹⁷.

¹⁴Nel senso dell'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amm.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 9 s., segn. p. 18.

¹⁵Su tali conquiste cfr. rispettivamente: 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 (ora in *Raccolta di scritti*, Milano, 1972, III, p. 533); G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 6.

¹⁶Sulle vicende storiche del rapporto fra legittimità e legalità, F. BASSI, "Conformità" alle leggi e "legittimità" dell'atto amministrativo, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (atti del LIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione -Villa Monastero, 20-22 settembre 2007-), Milano 2008, p. 61 s.

¹⁷Sulla teorizzazione del distinguo fra illegittimità, formale e sostanziale, può rinviiarsi oltreché allo scritto nanti cit. di F. Bassi, al celebre studio di SANTI ROMANO – M. D'AMELIO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929 (riprodotto in SANTI ROMANO, *Scritti minori*, Milano, 1950, II, p. 275 s.). Cfr. pure, in linea: R. RESTA, *La giustizia amministrativa*, Bari, 1950, p. 74; G. SALEM, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1958, p. 95.

Da ciò, parimenti, un (pur non lineare) arricchimento del sindacato giurisdizionale sul piano del risultato¹⁸. Così, avuto riguardo agli sviluppi impressi, dalla concezione di “legittimità allargata”, al sindacato sull’eccesso di potere (specie da parte della giurisprudenza ed a far data dall’insegnamento del Ranelletti dapprima e benvenutiano poi¹⁹): per l’appunto, conducendo il giudizio di legittimità, dalla soglia della conformità/difformità al/dal modello legale (proprio del vizio di violazione di legge), alla dignità di un sindacato sul corretto e ragionevole esercizio del potere discrezionale o svolgimento della funzione (secondo le concezioni più avanzate e condivise) cioè (in definitiva), al rango di misura della devianza dell’atto dal fine (perseguito dell’interesse) pubblico²⁰.

¹⁸A. ROMANO, *I caratteri della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 s., segn. p. 695 s. Il solco è ancora quello tracciato da: A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 370 s. (ove si ravvisa, nel principio di opportunità, «una misura dell’azione rispetto al suo risultato»; altresì rilevando «l’incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell’azione ... dominata piuttosto dall’arte politica e dall’intuito, dall’avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato»); M. S. GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939 (che attrae il risultato, se non sul piano della legittimità, in un ambito ad essa molto prossimo, individuando lo scopo giuridico di un atto esclusivamente nella “modificazione giuridica del mondo esteriore”).

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*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 1 s.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118. Cfr. pure P. GASPARRI, *Eccesso di potere* (diritto amministrativo), in *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, segn. p. 16 s.

²⁰O. RANELLETTI, *Nota a Cass.*, sez. un., 25 gennaio 1928 n. 402, in *Foro amm.*, 1928, II, coll. 68-72. Cfr. pure: ROMANO TASSONE, *Tra diversità...*, p. 1123; G. CORSO, *Validità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 85 s., segn. p. 91 s. In tal senso, si conserva attuale la ricostruzione operata da F. ROVELLI, *Lo sviluppo di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, p. 449 s., segn. p. 459; ciò anche per merito della sua recente “riscoperta” ad opera di A. TRAVI, *Un intervento di Francesco Rovelli sull’eccesso di potere*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 462 s.

In tale contesto è stata elaborata una “nozione moderna” di interesse pubblico, come non appartenente più all’amministrazione, bensì all’intero corpo sociale: correlato ad un superamento definitivo dell’interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere (per l’appunto) gli aspetti sostanziali²¹; risultante, nella sede procedimentale, «*dalla comparazione ponderata di tutti gli interessi coinvolti nell’esercizio del potere*»²². D’altronde, proprio un raffronto tra ordinamenti nazionali fornisce l’abbrivo per siffatto indirizzamento: da quel ramo d’indagine non potendosi fare a meno di constatare che la valutazione di preminenza fra i “requisiti” dell’atto (legittimità ed interesse pubblico alla sua affermazione-conservazione) perde definitivamente quella stabilità minima che le poteva conferire una parvenza “ontologica” all’interno di ciascun ordinamento: posto che, s’attaglia, di volta in volta, all’uno od all’altro degli stessi requisiti²³.

1.5 ...parziale assorbimento del merito nell’ambito di una discrezionalità “esternalizzata”

Il carattere recessivo della cognizione di merito, come giudizio sull’opportunità, procede di pari passo con l’accentuarsi della natura giurisdizionale della cognizione del giudice amministrativo. Se, infatti, il sindacato sull’opportunità amministrativa di un provvedimento non è ancorabile a regole giuridiche, non può tradursi in un giudizio in senso giurisdizionale; alpiù, ergendosi ad accertamento amministrativo. Pertanto, accade che: mentre la figura dell’eccesso di potere assurge a sintesi dei modi di sussumibilità della discrezionalità amministrativa nel giudizio di legittimità, dal punto di vista della garanzia

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

²²In questi termini si esprime D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, pp. 7-8 (salvo sviluppare, in corso d’opera, le criticità del tema).

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

(con particolare riguardo alla ragionevolezza della comparazione degli interessi in gioco e dei suoi esiti); il merito resta relegato nella condizione di criterio istruttorio e di decisione (ma non di giudizio). Più esattamente, il merito-opportunità si configura come criterio di percezione dell'utilità, della bontà del provvedimento rispetto alla condizione di fatto; sì da imporre una rilevazione del fatto (non dal punto di vista della compresenza d'interessi diversi ed opposti, bensì) come mediato dal provvedimento e rapportato quindi al potere esercitato²⁴.

1.6 Attuale “stato dell’arte” e prime prospettive di un discorso “interdisciplinare”

In progresso di tempo, il connotato funzionale dell'eccesso di potere è stato esteso, onde colmare il dislivello tra la “nozione positiva” e quella “teoricamente possibile” di “legittimità”, ad opera della giurisprudenza²⁵.

Il punto è che il vizio di eccesso di potere è stato oggetto di “appesantimenti” e “confusioni concettuali”: ci si trova, pur sempre, al cospetto di una trattazione “di origine empirica, e anche con destinazione empirica”; tale, nella sua stessa struttura logico-giuridica. Tali condizionamenti si apprezzano (nella giusta misura) sol valutando il “significato profondo” della legittimità in confronto col processo; ma, per quel maggiormente rileva in tale fase di trattazione, quella figura si è risolta in una potente

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

²⁵Ex multiis, cfr.: T.A.R. Lazio, sez. I, 8 luglio 2013 n. 6672, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2013, pp. 2326-2327 (nel senso del superamento dell'equazione concettuale fra merito-opportunità e discrezionalità tecnica, quest'ultima suscettiva di controllo giurisdizionale nei casi in cui il vizio valutativo trasmodi in illogicità); T.A.R. Marche, sez. I, 22 giugno 2012 n. 444, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2012, pp. 1918-1919 (circa l'integrarsi di un apprezzamento di merito, con riguardo alle scelte effettuate dall'amministrazione pubblica nell'adozione degli strumenti urbanistici, salvo che non siano inficate da errori di fatto o da abnormi illogicità); T.A.R. Toscana, sez. II, 5 febbraio 2010 n. 188, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2010, pp. 417-418 (in linea, stavolta in tema di giudizio medico-legale sull'idoneità fisica e psichica alla conduzione dei veicoli a motore).

remora al cammino che resta da percorrere: non sarebbe utile a tal fine, perché «*costituisce quasi sempre un mezzo indiretto per l'accertamento di vizi che ... direttamente rientrerebbero comunque, o potrebbero giustificatamente rientrare, nell'ambito della legittimità come figure di violazione di legge*»²⁶.

Non per caso, specie dal momento in cui la L. n. 241/1990 ha solennemente affermato che i principi di economicità ed efficacia sono criteri dell'azione amministrativa (art. 1), a dispetto di una generalizzata sottovalutazione di quel preцetto, non sono mancate voci dottrinali che hanno inteso coglierne rilevanti implicazioni.

Per un verso, si è infatti riconosciuta, a quell'affermazione legislativa, una più spiccata e diretta forza innovatrice: avrebbe fornito una sistemazione definitiva alla materia, poiché, in base ad essa, i criteri normativi dell'efficienza e dell'economicità traducono nell'attività amministrativa quel principio di buon andamento, vanamente interpretato come utile ai soli fini dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni²⁷.

Per altro verso, si è osservato che «*oggi il cosiddetto vizio di merito, altro non è se non la violazione di quei principi di economicità e di efficienza che ormai costituiscono ... principi costituzionali dell'agire amministrativo*», “positivizzati” nella legge generale sul procedimento e sull'attività amministrativi: per cui, ci si troverebbe dinanzi ad “una categoria specifica di vizi di legittimità”. Di conseguenza, si è ridimensionato, nel suo ruolo e nella sua utilità, lo sforzo compiuto dalla pratica che “ha contrabbandato, fino ad oggi, i vizi di merito come vizi di eccesso di potere”, e ci si è domandati «*se la violazione dei*

²⁶F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1376 s., segn. p. 1381.

²⁷A partire da CASETTA, *Attività...*, p. 302. Cfr. pure: B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di 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 («Anche in tal modo si giunge alla conseguenza, estremamente rilevante, di includere l'inopportunità, e quindi i vizi di merito, nella più ampia categoria dell'invalidità dell'atto amministrativo»).

principi di efficienza e di economicità in un atto amministrativo, non debba essere sindacata con la stessa ampiezza con cui è consentito il sindacato dei vizi di legittimità tradizionali quando ciò comporti una violazione diretta, personale e attuale di un interesse del cittadino»²⁸.

Come può constatarsi, tale dibattito (non per caso “volontaristico”), se riferito al discorso sul merito amministrativo, tradisce la medesima debolezza argomentativa, non giovando (più di quanto ha fatto la stessa affermazione costituzionale del principio di buon andamento) ad una “riabilitazione” di quella figura (restituendole un contenuto ed un rilievo giuridico, autonomi). Da qui, la scelta di “rivisitazione” sperimentale, di quel discorso, sul piano dogmatico e con l’ausilio epistemologico; in prospettiva, onde verificarne la compatibilità con l’attuale sistema di giustizia amministrativa (per cui si rinvia ad una prossima, complementare pubblicazione sul medesimo sito web).

2. CONTRIBUTO EPISTEMOLOGICO E “MEZZI” ATTI A CONFERIRE RILIEVO GIURIDICO AL MERITO AMMINISTRATIVO. RELATIVE IMPLICAZIONI

2.1 Limiti attuali di una logica del risultato applicata al merito amministrativo

Da quanto esposto nel cap. prec., risulta che:

- inteso il merito (quale processo decisionale “a base soggettiva” -nel significato tradizionale-) in un rapporto “a terzo escluso” con la legalità-legittimità;
- «è inevitabile che il concetto stesso di “merito” tenda a vacillare ed infine a dissolversi, sia per quanto attiene alla riduzione del suo ambito applicativo, sia -e soprattutto- per quanto riguarda l’individuazione della sua essenza, che diviene sempre più ardua ed incerta, man mano che il processo di definizione dell’interesse pubblico concreto

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

da parte dell'amministrazione vien perdendo il suo carattere imponderabile e in qualche misura misterioso, per acquisire le cadenze oggettive ed impersonali che lo rendono sempre più intimamente conoscibile dal giudice»²⁹.

In effetti, sempre sul piano logico, nulla osterebbe ad escludere il merito-opportunità dal novero stesso delle “componenti” dall’ordinamento richieste per la validità giuridica dell’atto amministrativo (entro un più ampio ambito di “legalità”); così avallando una soluzione di politica legislativa non spintasi oltre la soglia del “limite finalistico” (scopo) imposto dal diritto: per cui non possono incontrare “legittimazione” (solo) quelle determinazioni che esorbitino da un retto esercizio della funzione amministrativa, integrando il vizio (di legittimità) tipico dell’“eccesso di potere”. Non per caso la “crisi” del merito si perfeziona semplicemente in concomitanza di un’“esternalizzazione” della discrezionalità, sul piano dell’ordinamento generale (all’insegna dell’eccesso di potere); senza particolari ripercussioni sul dato globale di esperienza giuridica, eccezion fatta per certo dibattito dottrinale ed il radicamento (fra i “pratici”) di anacronistici schemi mentali col correlato “strascico” terminologico.

Dunque, onde giungere comunque alla conclusione di un autonomo spazio contenutistico riservabile al “merito amministrativo”, con implicazioni sull’atteggiarsi del suo rilievo giuridico, occorrerebbe:

- di escluderne la coincidenza con un obiettivo di conservazione e tutela dell’ordinamento giuridico (nel qual caso, infatti, non si riuscirebbe ad identificarne la distinzione con la legalità-legittimità); in quest’ottica, non potrebbe essere più (assimilato o comunque) ricondotto ad un controllo di “proporzione” tra contenuti dell’atto e risultato;
- di poter correlare a quella locuzione una duplice previsione di “mezzi” (istituti) di diritto positivo: atti ad accertare “il modo di effettuazione del principio di opportunità”

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

nonché, diretti a rendere quest'ultimo efficiente; salvo puntualizzare che il controllo o giudizio di opportunità non impone la sola verifica se l'ordinamento predisponga istituti in forza dei quali assicurare limiti positivi nella deliberazione dell'atto, al di fuori della fattispecie normativa di quest'ultimo; altresì, occorrendo che s'individuino dei parametri mediante i quali quell'accertamento va compiuto, dal momento che «*qualunque controllo o giudizio implica una misura, un criterio, un canone in base a cui esso diventa significante, ossia obiettivo*»³⁰.

Il pregio di tale “approccio”, non si esaurisce nel superamento di quello, lungamente diffuso fra gli operatori del diritto, che non è stato in grado di andare oltre una determinazione “in negativo” (distinzione dalla legittimità e corrispondente insindacabilità). Va, infatti, riconosciuto di essersi così spinti oltre la pur corretta connessione fra “merito amministrativo” e valutazione discrezionale; a significare: non solo che il merito, quale misura della corrispondenza ad un risultato, rientra nella parte dell’attività amministrativa riconducibile all’esercizio di quel potere; altresì, risultando meglio definita l’interferenza fra i concetti di “merito dell’atto amministrativo”, “attività discrezionale”, “sindacabilità giudiziale”.

Inoltre, attraverso l’orientamento testé esposto, si è in grado di offrire soddisfacente collocazione sistematica, oltreché al principio di buon andamento (ed alla sua ambivalenza), a quello di “equità”. Quest’ultimo, a seconda delle circostanze, potendo: ricondursi al buon andamento stesso e, per esso, alla legittimità (nella sua accezione squisitamente programmatica)³¹; altrimenti, condividere la medesima area del “merito”, da

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

³¹A. C. JEMOLO, *L’interesse come presupposto dell’annullamento di atti illegittimi -licenziamento in via eventuale-* (nota a sent. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 1931), in *Foro it.*, 1931, III, col. 113, segn. col. 114; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1936, p. 257; F. CAMMEO, *L’equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della regia università di Bologna*, 1924, p. 16; F. MERUSI, *Sull’equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *L’equità* (atti del convegno del Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale - Lecce, 9-11 settembre 1973), Milano, 1974, p. 83; ID., *L’equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla*

quest'ultimo distinguendosi per essere rivolta, più che ad un profilo “utilitario” (esaurentesi nell'ambito della stessa organizzazione, benché proiettato comunque verso l'interesse generale), al rapporto fra l'amministrazione pubblica ed i cittadini.

Sennonché, il superamento della coincidenza con un obiettivo di conservazione e tutela dell'ordinamento giuridico, implica di riempire di contenuti il vuoto fra la “nozione positiva” e quella “teoricamente possibile” di “legalità”. All'uopo, v’è necessità di far leva su di uno schema normativo di tipo alternativo che consenta di superare quella tradizionale “invarianza” del sindacato, per cui: fintanto che il primo risulti pur sempre articolato in base a “conformità-prevedibilità”, piuttosto che sul “risultato” in senso pieno, il giudizio (benché imperniato sull’interesse pubblico) opera sulla scorta di “situazioni sintomatiche” che rivelano le resistenze di un “approccio” casuistico. Laddove, il pieno esplicarsi di una logica del risultato non può che prendere le mosse da un modello della giuridicità che sia in grado di emanciparsi da una artificiosa sistemazione “a priori”. Solo a queste condizioni è collaudabile sul piano (non meramente empirico, ma) del sistema la possibilità di ritagliare un autonomo spazio contenutistico al “merito amministrativo” con implicazioni sull’atteggiarsi del suo rilievo giuridico (dei mezzi che lo sostanziano).

All'uopo, diviene indispensabile di ricorrere, innanzitutto, al piano di analisi filosofico-scientifico.

2.2 *Apporto epistemologico e contenuto-valore autonomi del merito amministrativo*

ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22, Milano, 1993, p. 413.

A patto di convenire che la strategia decisionale a base dell’azione amministrativa (nel senso benvenutiano del termine³²) riflette la “multipolarità” della disciplina di riferimento; ogniqualvolta quest’ultima si attestì, sul nesso condizionale “se …allora”, con riduzione dell’esperienza di regolazione entro strutture “rigide”, si determinerà un sacrificio della “materialità” (del momento assiologico-reale). Si tratta, infatti, di una concezione della giuridicità disposta: al ridimensionamento del ruolo degli interessi, in nome di un’idea di ordine incentrata sulla certezza-prevedibilità (sull’orizzonte del passato); piuttosto che a “dominare e permeare la fluida materia della vita sociale”, assecondandola nell’inevitabile opera di semplificazione della complessità dei conflitti³³.

Laddove, lungo l’“orizzonte del futuro” (“consequenzialista”, come nel caso di “tipi” provvedimentali “ad efficacia durevole” -*rectius*, che si riferiscono a fattispecie dotate di dimensione temporale-), la strategia decisionale a base dell’azione non potrà che valutarsi in funzione della diversa forma di “autonomizzazione” dell’ordinamento.

In tale contesto, all’esercizio di un potere tendenzialmente discrezionale, quale quello amministrativo, corrisponderà (in costanza di effetti della fattispecie precettiva di base): anziché il “contatto istantaneo”, regolato con riguardo a conseguenze prevedibili; il “rapporto” fra i portatori degli interessi (pubblici e privati), quale retto da uno “statuto” sensibile agli effetti concreti. L’indicata prospettiva: per un verso, pone in risalto il limite

³²F. BENVENUTI, *Disegno dell’Amministrazione Italiana (linee positive e prospettive)*, Padova, 1996, p. 177, ove, nel classificare l’attività in relazione agli scopi particolari che con essa si persegono, si preferisce ricorrere all’espressione “azione amministrativa”; ID., *Appunti di diritto amministrativo -pt. gen.-*, Padova, 1955.

³³Secondo quanto propugnato invece da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e ampliata da G. Crifò, Milano, 1971, p. 103. Sempre nell’ottica della teoria generale, A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. – I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, segn. p. 184 s., pone l’accento sulla necessità, in una visione non formale del diritto, di dotarsi «di un sistema normativo rispettabile..., in quanto non straripante in dimensioni di pratica inconoscibilità e non pregiudicato nella sua pratica attuabilità da vizi di disarticolazione, contingenza, ambiguità».

della teorica dell'eccesso di potere che (per l'appunto), mediante l'enucleazione di situazioni sintomatiche, costringe il sindacato di quel potere entro i più angusti spazi dell'orizzonte del passato (ipotetico-casuistico); per l'altro, contribuisce a far assurgere il "risultato" (*rectius*, un interesse pubblico, concreto), quale esito di un'attività di gestione, da criterio di valutazione dell'attività³⁴, a parametro del sindacato del giudice amministrativo e del correlato giudizio sulla validità (o meno) di un atto amministrativo³⁵. Quanto conosce un significativo suggello già in alcuni interventi normativi (artt. 20 e 20bis, L. n. 59/1997 ss.mm.ii. -in tema di semplificazione-, art. 1, L. n. 241/1990 -circa il dovere di non aggravare il procedimento amministrativo-, etc.) di apertura alla "cultura del risultato" con riferimento all'esito provvedimentale (di un procedimento)³⁶; ad esso estendendo principi generali dell'ordinamento quali quelli di efficienza (economicità ed efficacia), si da riempire di ulteriori contenuti l'idea di legalità amministrativa³⁷.

³⁴F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* - Aggiorn., VI, Milano, 2002, p. 75 s., segn. p. 100.

³⁵A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, I, p. 818 s., segn. p. 819; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 s., segn. p. 115; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, relazione in *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione* (convegno AIPDA, tenutosi in Roma il 22 marzo 2002), pubbl. in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 151.

³⁶Sul tema: ROMANO TASSONE, *Sulla formula...*, p. 818; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa...*, p. 100 s.

³⁷Secondo quanto preconizzato già in F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., segn. p. 136. Cfr. pure F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, p. 914. Circa il progressivo ingresso dei criteri dell'efficienza e del risultato sul sindacato del giudice amministrativo: P. CARNEVALE, *L'esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*, in *T.A.R.*, 1999, II, p. 385; RI. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2500. Sulla nuova accezione di legalità e la conseguente difficoltà a ricondurre il principio ad unità: L. IANNOTTA, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (atti del convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999), a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, p. 37 s.; M. R. SPASIANO, *Funzione*

La conseguenza è che il “tipo” di “riesame” eventualmente adottato dipende (non dalla “natura” del vizio -legittimità/merito-, né dall’insorgenza del medesimo - originario/sopravvenuto-, bensì) dal profilo teleologico-funzionale che (nella concreta circostanza) si è inteso preservare.

A tal punto, il discorso dogmatico necessita di essere completato avendo riguardo ai già denunciati limiti di una moderna nozione di legalità amministrativa che si basi sul solo dato “volontaristico” (sia pur costituzionale) inerente all’interesse pubblico. All’uopo, può risultar utile partire dalle seguenti connessioni: «*seppure nella prassi e nella dottrina si parli di potere discrezionale, in realtà l’ordinamento amministrativo non conosce “norme in bianco”. L’Amministrazione agisce sempre in attuazione dei precetti e perciò non ha la capacità di porne di nuovi. La sfera discrezionale appartiene solo al momento interpretativo della norma, da cui estrae tutti i possibili contenuti precettivi e ciò in presenza di norme a carattere sintetico di cui l’Amministrazione svela (o discerne) la possibile estensione. Non diversamente da quanto avviene per l’analogia che pure appartiene (sebbene con diversa funzione) al campo dell’ermeneutica*»³⁸.

Se, dunque, la strategia decisionale a base dell’azione amministrativa riflette la “multipolarità” della disciplina di riferimento; se alla discrezionalità corrisponde il “rapporto” fra i portatori degli interessi (pubblici e privati), quale retto da uno “statuto” sensibile agli effetti concreti; giacché quella sfera appartiene al momento interpretativo della norma; quest’ultimo, in corrispondenza del conferimento di un potere discrezionale, non potrà ridursi ad un’operazione previa ed autonoma rispetto al momento applicativo (come tale, improntata “a priori” al risalente dato valorativo-formalistico di un “medesimo interesse” originario-primario).

amministrativa e legalità di risultato, Torino, 2003; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 93.

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

Tendenzialmente, gli studi di ermeneutica (giuridica) e sull'attività conoscitiva della pubblica amministrazione (tenuto conto del progressivo “complessificarsi” dei compiti assegnatili) non disconoscono una “distinzione logica”, tra i due profili operazionali (sono infatti, giudizi diversi, su tale piano reciprocamente escludentisi, quelli per cui un medesimo fenomeno possa venir tanto “valutato” -riferito ad un criterio di valore- quanto “qualificato” -assunto in una categoria-)⁴⁹. Segno della consapevolezza di evitare qualunque elusione della problematicità connaturata al processo di comprensione: sia al livello propriamente ermeneutico, sia al (correlato) livello di concezione del potere (compreso quello discrezionale) e dei suoi limiti (libertà dell’azione amministrativa e tutela dei diritti dei cittadini)⁵⁰.

Peraltro, il rilievo sostanziale dell’interesse pubblico (come concreto), spinge a favore di uno schema (non lineare -sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l’interprete avrebbe accesso-, bensì) circolare⁴¹; per via di un “dialogo coerente”, nella

³⁹Così R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 13, ove si prospetta una distinzione per oggetti: l’interpretazione riguardando testi; l’applicazione, norme in senso stretto (“intese come il contenuto di significato dei testi normativi”).

⁴⁰Come noto, al contributo di M. S. GIANNINI si deve sia l’emancipazione della discrezionalità dalle manifestazioni dell’attività interpretativa (*L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell’interpretazione*, Milano, 1939), sia l’aver chiarito che l’attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d’interessi, ma formalmente e) “fondamentalmente un’attuazione di legge” (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

⁴¹Nel primo senso: M. S. GIANNINI, *L’interpretazione...* (di cui dà conto F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 s., segn. pp. 1046 e 1053 s.); G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. da Cicu-Messineo), Milano, 1980. Respinge recisamente l’assunto di un significato oggettivo, preesistente che l’interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 s., segn. p. 505. Resta il fatto che la norma non può artificiosamente dissociarsi dal contesto in cui trova applicazione (D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 95). All’uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell’amministrazione*

consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di “precomprensione” del giurista⁴²). D’altronde, che l’interpretazione delle disposizioni normative sia finalizzata alla loro applicazione ad una realtà delimitata e circoscritta, trova conferma nell’art. 12 delle “preleggi” al cod. civ. (rubricato “interpretazione della legge”) ove così si esordisce: «*nell’applicare la legge...*».

Gli è infatti che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel “nesso dialettico” (moto circolare) che dal “diritto” (*quaestio juris*) conduce al “fatto” (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid a sé stante*, bensì come il risultato di un’attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento “essenziale ed ineliminabile” nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto.

A tal punto, tirando le somme del duplice discorso relativo tanto ai distinti “orizzonti” dell’ordinamento giuridico (ipotetico-casuistico e consequenzialista) quanto al nesso dialettico fra interpretazione ed applicazione delle disposizioni normative, possono

pubblica (*contributo metodologico*), Napoli, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell’interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell’istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 55 s., segn. 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.

⁴²Alla filosofia ermeneutica ed all’ermeneutica generale, spintesi al di là dell’obiettivo metodologico di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell’ambito di un “procedimento” o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra “parti” e “tutto”, bensì) tra la “precomprensione” (anticipazione precognitiva) che l’interprete (l’“esserci”) già possiede del senso della “cosa” (nella circostanza, il testo normativo) e quest’ultima (all’uopo, può rinviarsi, rispettivamente: a M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché a F. SCHLEIERMACHER, *Eтика ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 -sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984-).

formularsi le prime conclusioni. Così, se alla dicotomia strategica, “delle regole / della funzione” (quale riflettente, per l'appunto, l'orizzonte normativo di riferimento), può sovrapporsi quella fra accertamento / discrezionalità; ne consegue che quest'ultima sia da intendersi anche come decisione concreta eppertanto, risultato; accezione, quest'ultima, “dominante” per un preciso ordine di ragioni nonché, per via delle relative implicazioni.

Venendo, per il momento alle implicazioni, avuto riguardo all'esame dell'*iter* di formazione dell'atto amministrativo, discrezionale; solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio valutativo e concreto, logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione⁴³, ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

Così, se si accetta l'insegnamento secondo cui la discrezionalità (come giudizio pratico) discende da una comparazione e ponderazione quali-quantitativa degli interessi (pubblici e privati) immanenti in un dato contesto sociale⁴⁴; alla luce di quanto esposto sul piano

⁴³B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, segn. pp. 27-28. Il pensiero crociano è stato criticato per la riduzione di quella giuridica ad attività genericamente pratica (*op. ult. cit.*, p. 147 s.), trascurando sia la fondazione della riflessione storica, sia il rilievo dato alla realtà dell'esecuzione della legge (*ivi*, p. 328; ma cfr. pure, Id., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1965) su cui (per contro) insiste la dottrina che ha assimilato quella lezione. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 s. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l'approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

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

ermeneutico, va rettamente intesa la sintesi che di seguito prospetta l'identificazione dell'apprezzamento discrezionale (come attività intellettiva antecedente al momento di formulazione definitiva della volontà) con una fissazione del valore dell'interesse essenziale (o primario) in funzione di quelli secondari⁴⁵. Risponde al vero che, specie nelle disposizioni in cui la scelta del comportamento siffattivo venga rimessa ad un organo dell'apparato precostituito per la tutela dell'interesse considerato, quest'ultimo (assunto quale canone di comportamento) venga sempre identificato in maniera oltremodo generica, mediante un inevitabile procedimento di tipizzazione. Del pari, l'identificazione di quell'interesse “canonico” avviene ad un livello di notevole astrazione, in quanto il medesimo è considerato isolatamente rispetto ad ogni altro interesse. Cionondimeno, il dato globale di esperienza dimostra che non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)⁴⁶. E', allora intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»⁴⁷. Dunque, «*non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale*»⁴⁸. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema “circolare” (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del “razionalismo critico” al problema della “calcolabilità” delle conseguenze della

⁴⁵M. S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 77.

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

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

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

decisione), può garantire al “farsi” dell’atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli “interessati”⁴⁹.

Se non che, il limite epistemologico evidentemente derivante dall’incapacità (sottoforma di precomprensione) a “sdoganarsi” dai condizionamenti della tradizione, trasfusi in un’idea predefinita d’interesse pubblico (“ufficiale-primario”), penalizza quel discorso nei suoi possibili sviluppi. Quando il riesame consista in una rinnovazione degli apprezzamenti posti in essere dall’amministrazione “in primo grado”, la circostanza di muoversi sull’orizzonte normativo “rivolto al futuro” (delle conseguenze sul contesto d’interessi -qualificati- non originario, ma presente al momento in cui è stata operata la rivalutazione) non può significare necessariamente coincidenza coll’ambito della “non-legittimità” e che quindi l’unico strumento di “ritiro” utilizzabile sia la revoca. Si tratterà, piuttosto, di verificare: se quel riesame si risolva (o meno) in un giudizio di contraddizione con l’interesse pubblico come concretamente evolutosi; od, altrimenti, in una valutazione (è da verificare fino a che punto “oggettivabile” eppertanto, istituzionalizzabile) di “miglioramento”, alla luce di un concetto “medio” di opportunità sopra il quale non c’è “vizio”. Con quel che ne consegue: sia sulla “natura” del riscontro di “merito”, tendente a presentarsi non già come “altro” rispetto alla “legittimità”, ma semplicemente come un’intensificazione del sindacato in cui quest’ultima si estrinseca; sia in termini di coerenza col dato costituzionale che vieta esclusioni o limitazioni, a particolari mezzi d’impugnazione, quando si verta in materia di tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione; sia in ordine alla modulazione degli effetti del “ritiro” (non più costretta entro il radicale dualismo retroattività/irretroattività); sia a proposito dei profili funzionali degli istituti di autotutela (nel loro reciproco rapporto; nonché, in relazione alle figure di esercizio consensuale del pubblico potere); sia in punto di responsabilità

⁴⁹F. LEVI, *L’attività conoscitiva...*, pp. 227-228. Sul ruolo della scienza nel far convergere “legge” ed “azione”, nonché sull’apporto del “razionalismo critico” in ordine al problema della “calcolabilità” delle conseguenze, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo...*, parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

(professionale, politica, etc.) da accertarsi a cura di organi competenti (sovraordinato gerarchico, di vigilanza, etc.).

A tal punto, facendo leva sul discorso dogmatico nanti condotto che non conosce controindicazioni nelle potenzialità funzionali che la Costituzione repubblicana consente di annettere al principio di buon andamento, sarebbe possibile “isolare” un contenuto autonomo del merito amministrativo, corrispondente al “grado” di utilità-adeguatezza dell’atto al risultato *id est*, al raggiungimento dei fini pubblici (generici e specifici) che gli sono intrinseci. Salvo interrogarsi sul valore di quella condizione: di tipo meramente amministrativo ovvero giuridico.

In tale prospettiva, il carattere soggettivo del processo decisionale non sarebbe più connotato del merito amministrativo che, come forma di sindacato, potrebbe disporre sia di regole extra-giuridiche, sia del principio di ragionevolezza.

2.3.1 Mezzi atti ad accettare “il modo di effettuazione del principio di opportunità” nonché, diretti a “rendere quest’ultimo efficiente”. Introduzione...

Un discorso “epistemologicamente orientato” si ridurrebbe ad un puro (quanto vacuo) esercizio dogmatico se non fosse corredata dal riscontro di una coerente previsione di diritto positivo attestante l’esistenza di “mezzi”: atti ad accettare il “modo di effettuazione” del principio di opportunità nonché, diretti a renderlo efficiente; idonei a sorreggere la connotazione funzionale proposta onde restituire autonoma dignità giuridica al merito amministrativo in un contesto di “legittimità allargata” quale quello attuale (proprio di uno Stato “interventista” che ha dismesso i panni di un’organizzazione accentrata).

Ebbene, nonostante l’abolizione (operata con D.Lgs n. 40/1993) del controllo di merito sugli atti amministrativi regionali (peraltro, già configurato come facoltativo nella stesura dell’art. 125 Cost. allora vigente) abbia comportato un significativo ridimensionamento dei mezzi presupponenti una valutazione di opportunità delle scelte altrui (ricorsi amministrativi, approvazioni, autorizzazioni, omologazioni); è dato comunque di

rinvenirne, nell'ordinamento generale, di ulteriori in grado di rispondere ad un'istanza funzionale di buon andamento in termini essenzialmente “migliorativi”.

2.3.2 ...*Tipologia*

Si tratta, in parte, d'istituti chiamati ad assolvere un più ampio novero di scopi. E' il caso dei “pareri”; parimenti, può concludersi a proposito della motivazione “in senso stretto”, ad indicare: non le enunciazioni premesse ad un determinato provvedimento, onde affermarne la fondatezza in punto di legittimità (profilo in relazione al quale sarebbe preferibile usare il termine “giustificazione”); bensì, la dimostrazione che un dato contenuto è di una certa utilità rispetto all'interesse generale⁵⁰. Ma è la “revoca” a rappresentare il mezzo “di punta” offerto dal sistema: dal momento che assolve, in via esclusiva, al compito funzionale “migliorativo” che si è ritenuto di annettere al merito amministrativo nell'attuale contesto di esperienza giuridica.

Così, si ponga la possibilità di distinguere fra: una “contrarietà all'interesse pubblico non sostenibile” (*rectius*, invalidità) dell'atto amministrativo (una volta che la si apprezzi); una “contrarietà all'interesse pubblico, sostenibile” (non integrante invalidità) dell'atto medesimo, in quanto in posizione mediana fra l'atto (legittimo o, ancorché illegittimo formalmente) conforme all'interesse pubblico (eppertanto, non annullabile) e l'atto (illegittimo, ma altresì) non rispondente all'interesse pubblico (eppertanto, da annullare). Che la sola “contrarietà sostenibile” rientri nel campo d'applicazione della revoca può tornar utile onde “piegare”, alle esigenze di una ricostruzione interpretativa coerente, il dato normativo di riferimento, laddove (evidentemente legato alla tradizionale partizione fra vizi, di legittimità e di merito-opportunità): annette senz'altro, all'istituto della revoca, la “contrarietà dell'atto amministrativo [che ne è oggetto] all'interesse pubblico” (art. 21-*quinquies*, cc. I-*bis* e I-*ter*, L. n. 241/1990). Altrettanto può concludersi dal momento che la

⁵⁰T.A.R. Lazio, Roma, sez. Iter, 4 marzo 2011 n. 1997, in *Foro amm. -T.A.R.-*, 2011, pp. 820-821 (in caso di provvedimento di trasferimento per “incompatibilità ambientale”).

disciplina “positiva” prevede che la revocabilità del provvedimento amministrativo sia connessa a: “sopravvenuti motivi di pubblico interesse”, un “mutamento della situazione di fatto”, una “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”. Infatti, quel che rileva è che la valutazione dell’amministrazione sia improntata al miglioramento di un interesse pubblico già ragionevolmente perseguito “in combinato disposto” con gli altri (privati) dotati di qualificazione: poco importa che quell’iniziativa (all’insegna del miglioramento) prenda spunto, o meno, da sopravvenienze (d’interesse e/o di fatto). Da ciò, la centralità della figura dell’annullamento nel sistema degli atti di “ritiro” in autotutela: rispetto a quella, la revoca rappresentando un *quid pluris*, destinata com’è ad (eventualmente) operare solo quando non vi sia una condizione d’invalidità (per illegittimità di matrice formale o sostanziale).

In ultimo, non minore conforto, alla prospettazione testé avanzata, deriva dalla circostanza per cui il Legislatore contempla l’esercizio di un “recesso unilaterale – revoca” verso gli accordi aventi ad oggetto il potere pubblico (*ex art.* 11, c. IV, L. n. 241/1990) che, pur suscettivi di annullamento d’ufficio, sono alternativi alla sola revoca. Infatti, rispetto a quest’ultima, quegli accordi potrebbero vedersi riconosciuto uno specifico spazio di giustificazione ognqualvolta l’obiettivo di miglioramento, nel perseguire l’interesse pubblico, venga spinto di là dalla soglia di equilibrio con la tutela degli interessi qualificati del privato (proprio per via del consenso di quest’ultimo). Salvo puntualizzare che l’eventuale “recesso” da parte dell’amministrazione tornerebbe ad essere sottoposto al più rigido regime dei medesimi istituti di autotutela (non potendo escludersene l’assoggettabilità, oltreché ad annullamento officioso, a revoca, secondo il criterio distintivo introdotto nel presente studio e salvo indennizzo).

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 domaine 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 sumise 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 soustrait 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 “conformatrice” 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 caractères 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 certains 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. CASETTA, *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 legislatifs, lorsque, avec d'interventions normatives, historiques, au point de juridiction administrative (à partir de la Loi Crisp), 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 enracement 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 inopportunies, 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” économico-sociale, est inachevé ; le premier, applati comme il est sur le modèle de la “composition” d’un conflit originé (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 a 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. ; CASETTA, *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 certains personnes afin de soutenir le point de vue de l'annullabilité *ex officio* pour “vices en appréciation ultra-légale”, révèlent une simple contrariété aux fins de ces dispositions qui (à chaque fois) les contemplent : 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, *Annullabilità 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 peuvent 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 reconduibilité 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. SALEM, *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 svilimento 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 peuvant 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 domaine 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.

²⁵Ex multiis, 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'exakte 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 un 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. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, Nuova rass., 1981, p. 1376 s., part. p. 1381.

²⁷De CASETTA, *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 jourdhui, 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. CASETTA, *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 acceptation purement programmatique³¹) ; sinon partager la même zone du “pouvoir administratif en appréciation ultra-légale”, se distingant 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 benvenutien du terme³²) refléchit 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’œuvre 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 régi 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, constraint le “contrôle” de ce pouvoir dans les espaces les plus étroits de l’horizon du passé (hypothétique-casuistic) ; et, d’autre part, contribue à éléver 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-débordé 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. SCOCA, *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. CAMMELLI, *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 extendant 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 subject : 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 ; RI. 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 discrétaire, 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 discrétaire 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 discrétaire 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 discrétaire, 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 concerne 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 consequentialiste) 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 doint : 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 posséde 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 satisfactif 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 préterminé, 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 prédefinie 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 originaires, 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 public)

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 (généraux 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'un organisation centralisée).

Malgré l'abolition (effectuée par le Décret-légitif 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'object] 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 peuvant 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).

≈



www.ius-publicum.com
