

Tiers et droit public : rapport sur l'Italie

Aldo Travi – professeur à l'Université catholique de Milan

Introduction

Le droit public italien ne comporte aucune définition générale de la notion de tiers : celle-ci est née au sein du droit procédural et a été, à partir de là, adaptée et étendue au droit administratif.

En droit procédural, le tiers est, de premier abord, celui dont la situation juridique ne subit aucun effet du fait du jugement. Le tiers ne s'identifie donc ni avec les parties au litige, ni avec les entités juridiques qui, tout en n'ayant pas formellement la qualité de parties au litige, sont titulaires de positions dépendantes de celles dont se prévalent les parties (comme par exemple les héritiers, ou "ayants cause") et envers lesquels le jugement devenu définitif *passé en force de chose jugée* (art. 2909 du code civil). Le jugement n'a donc aucune autorité envers les tiers ; lorsque le jugement porte préjudice aux tiers, ces derniers peuvent le contester par un voie de recours spécifique, la tierce opposition (*opposizione di terzo*), qui est ouverte même contre un jugement ayant force de chose jugée (art. 404 du code de procédure civile). Ces principes s'appuient aujourd'hui sur la constitutionnalisation du principe du contradictoire (art. 111 de la Constitution, introduit par la loi constitutionnelle du 23 novembre 1999, n. 2) : ainsi, n'ayant pas participé au débat contradictoire, les tiers ne peuvent pas être directement atteints de l'issue du jugement.

En droit italien, cette terminologie d'origine procédurale a été aussi adoptée en droit administratif. Le tiers est celui qui n'est pas une partie du rapport avec l'administration. Ce principe doit cependant être accompagné de deux précisions importantes.

Premièrement, il existe plusieurs catégories d'actes administratifs (actes réglementaires, plans d'urbanisme, etc.) qui n'ont pas de destinataire spécifique, et qui ont au contraire une portée générale. Par rapport à ces derniers, il n'a aucun sens d'identifier le "tiers".

Deuxièmement, et aussi par rapport aux actes administratifs qui ont des destinataires spécifiques, en droit administratif italien la notion de "rapport juridique" n'est pas souvent utilisée pour décrire le rapport entre administration et citoyen. Elle est même plutôt controversée : typiquement, la position juridique du citoyen face à l'administration ne peut pas être décrite en termes de titularité d'un droit subjectif, mais plutôt de titularité d'un "intérêt légitime". Le droit subjectif évoque immédiatement un rapport à un autre sujet. En revanche, l'intérêt légitime, d'après les interprétations élaborées par la doctrine et la jurisprudence les plus anciennes, avait un rôle principalement procédural : il s'agissait d'un reflet du 'pouvoir' de l'administration. Peu d'importance était donc accordée à l'identification d'un rapport juridique entre citoyen et administration.

La prise en compte de la position du tiers a en revanche caractérisé le procès administratif, notamment dans une certaine perspective. Le procès

administratif, dès son origine (qui remonte à une loi de 1889 qui attribua des fonctions contentieuses à une section du Conseil d'Etat), a souvent pris une structure "trilatérale" : la personne qui demandait l'annulation de l'acte administratif devait diriger sa requête (et, par conséquent, notifier le recours) non seulement à l'administration qui avait émis l'acte, mais aussi à la personne destinataire des effets de l'acte attaqué. Ainsi, par exemple, la personne qui attaque un permis de construire doit aussi notifier la requête au propriétaire destinataire du permis de construire. Ceci s'expliquait par le fait que l'annulation de l'acte attaqué aurait produit ses effets vis-à-vis de son destinataire. Cependant, comme l'instance devait obligatoirement être notifiée à cette personne (dite "contre intéressé", *controinteressato*), il n'était pas considéré comme tiers, car, comme nous le disions auparavant, le tiers est une personne différente par rapport aux parties nécessaires au procès.

1. Le tiers et la norme

La loi constitue une source du droit : par rapport aux sources du droit, dans la culture juridique italienne, on ne peut pas proprement parler de "tiers" car la norme a une portée générale et elle est contraignante pour tous. Tous sont destinataires de la loi.

En même temps, en droit italien, la norme est le résultat d'une activité *pubblicistica*, réservée aux entités publiques : par exemple, les actes législatifs sont approuvés par le Parlement ou, dans des cas particuliers, par le Gouvernement (art. 70 et suivants et art. 76 et 77 de la Constitution) ; les règlements gouvernementaux sont approuvés par le Gouvernement et promulgués par le Président de la République (art. 87 de la Constitution). Parler de tiers par rapport à la formation des normes semble presque une contradiction dans les termes. Ceci ne veut pas dire que les privés ne sont pas en mesure d'orienter l'activité normative, même à son niveau le plus élevé, celui du Parlement ; ces conditionnements se vérifient quotidiennement et parce que l'Italie, contrairement à certains Pays anglo-saxons, ne s'est pas dotée d'une législation sur l'activité des lobbies, le problème est encore plus grave, car les rapports entre les groupes de pression et les parlementaires ne sont pas transparents.

Seulement dans certains cas particuliers les tiers sont impliqués dans la formation des lois. Les cas les plus importants sont :

a. Réformes constitutionnelles

Les modifications de la Constitution requièrent la mise en œuvre de procédures particulières, conformément à l'art. 138 de la Constitution. Il est nécessaire que le projet de réforme subisse deux votes successifs auprès de chacune des deux Chambres ; si le deuxième vote ne donne pas lieu à une majorité absolue de votes positifs, on peut soumettre la réforme à un référendum. La prévision du référendum rend compte de la conviction que

la Constitution est un acte fondamental qui concerne directement tous les citoyens.

b. Cas dans lesquels, conformément à la Constitution, la loi exige la consultation des citoyens

L'Italie compte des Régions, des Provinces et des Communes. L'art. 132 de la Constitution prévoit que la loi qui dispose le déplacement d'une Commune ou d'une Province d'une Région à une autre doit être précédée par un référendum, dont le résultat doit exprimer le consentement de la majorité de la population concernée. Cette procédure a été plusieurs fois entamée en Italie (une Commune de la Vénétie, Cortine, avait demandé à être déplacée dans la Province autonome de Bolzano, qui fait partie de la Région spéciale di Trentin Haut Adige), sans toutefois jamais aboutir. L'art. 133 de la Constitution envisage la possibilité que, suite à une préalable consultation de la population intéressée, les lois de la Région instituent de nouvelles Communes ou modifient la circonscription d'une Commune ; la consultation populaire est obligatoire et son défaut rend illégale la loi régionale (Cour Constitutionnelle 9 février 2011, n. 36 ; 17 juin 2010, n. 214 ; 19 juillet 2004, n. 237). L'avis rendu par la population n'est pas contraignant ; cependant, à l'occasion de modifications de territoires communaux, les Régions italiennes se sont toujours conformées aux positions exprimées par les citoyens.

c. Cas dans lesquels les actes administratifs sont approuvés avec une loi régionale

Un certain nombre de lois régionales prévoient que certains plans territoriaux soient approuvés par le biais de lois, et non pas d'actes administratifs : dans ces cas, l'adoption de la loi est précédée par la mise en œuvre d'une procédure administrative non contentieuse et la participation d'autres entités juridiques, y compris de privés, y est fréquente, comme il arrive normalement pour l'adoption de plans d'urbanisme. **En mettant en exergue la nature de l'acte final de la procédure**, la Cour Constitutionnelle a affirmé que les principes sur les actes législatifs, et non pas les principes sur les actes administratifs, s'appliquent à ces plans territoriaux (Cour Constitutionnelle 11 juin 1999, n. 226).

d. Cas où la loi ou le règlement transposent une règle technique

La transposition de règles techniques en lois ou en règlements gouvernementaux est aussi fréquente en Italie (pour une analyse du phénomène, cf. Salmoni, Les normes techniques, éd. Giuffrè, Milan, 2001). Le phénomène est régi en Italie par un règlement européen (Règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012, n. 1025) ; parmi les organismes italiens qui élaborent les règles techniques, l'*Ente italiano di normazione* a une importance particulière (le site internet est www.uni.com) ; il s'agit d'une association privée sans buts lucratifs. Des représentants du Gouvernement, du CNR, de l'entité publique chargée de la

prévention des accidents du travail (INAIL), ainsi que des représentants de la confédération des entreprises (Confindustria) y participent. Il s'agit d'une activité dont l'importance est aussi pratique.

e. Cas où les actes des privés doivent être approuvés par le biais d'un règlement gouvernemental

Par le passé, le cas le plus important concernait les conventions collectives dans le secteur public (art. 17, premier alinéa, lettre e) de la loi 23 août 1988, n. 400, concernant l'activité du Gouvernement). Ce cas a cependant aujourd'hui perdu de l'importance, et ce en partie à cause du fait que les rapports de travail avec les administrations sont désormais devenus, en large mesure, des rapports de droit commun ; ainsi, la convention collective n'est plus soumise à l'approbation du Gouvernement, mais sa compatibilité avec les contraintes budgétaires doit toutefois être évaluée.

2. L'intérêt du tiers (en général)

Comme je l'ai déjà écrit, en droit administratif italien la notion de tiers joue un rôle important surtout par rapport aux décisions qui ont des destinataires déterminés. Les actes généraux (comme les plans d'urbanisme) et les règlements s'adressent en effet à tous les administrés de façon indifférenciée et, par conséquent, aucun "tiers" n'est normalement identifiable.

Quant 'aux décisions s'adressant à des destinataires déterminés, en ce qui concerne la position des tiers, on peut distinguer deux cas de figure :

a) Le premier cas de figure concerne les décisions d'autorisation, par le biais desquelles l'administration donne son consentement à l'exercice d'une activité inhérente à un droit du particulier. Le permis de construire est un exemple de ce type de décisions. Pour comprendre quelle est la position des tiers, il est cependant nécessaire de prendre en compte la distinction – propre au droit administratif italien – entre droits subjectifs et intérêts légitimes. Il y a intérêt légitime exclusivement dans les rapports entre particuliers et administration, lorsque la loi attribue à l'administration un pouvoir (dit pouvoir administratif).

En droit italien, en matière d'urbanisme, on peut donc envisager deux situations différentes. Dans un rapport entre propriétaires voisins qui s'opposent sur leur droit de construire, il est question de droits subjectifs (et la compétence sur le litige revient au juge judiciaire) ; dans un rapport entre le propriétaire et la Commune qui a délivré à son voisin un permis de construire illégal, il est en revanche question d'intérêts légitimes. Les litiges entre propriétaires à propos de droits subjectifs et les litiges entre un propriétaire et la commune à propos d'intérêts légitimes peuvent donc se baser sur la même disposition juridique. On peut prendre l'exemple de la violation d'une règle sur les distances entre bâtiments: si le propriétaire entend poursuivre en justice son riverain, qui a construit sans respecter les distances minimales entre bâtiments, il doit saisir le juge judiciaire; il doit

en revanche saisir le juge administratif pour attaquer le permis de construire délivré par la Commune en méconnaissance des règles sur les distances.

Le permis de construire, comme toutes les décisions d'autorisation, est délivré "sous réserve du droit des tiers". Cette expression est habituellement reprise dans le texte du permis de construire. Mais que signifie-t-elle ? Elle veut dire que le permis de construire ne peut être invoqué pour porter préjudice aux droits des tiers. Par exemple, le propriétaire ne peut pas se prévaloir du permis de construire délivré par la Commune pour construire dans une section d'un fonds qui ne lui appartient pas, ou pour encombrer l'assiette de la servitude de passage dont son voisin bénéficie. Le propriétaire titulaire du permis de construire peut exercer seulement les prérogatives qui lui sont conférées par son droit de propriété ; il ne peut exercer aucune prérogative qui ne lui appartient pas. Le permis de construire ne règle pas les conflits entre les droits des propriétaires, il régit seulement les prérogatives qui reviennent à son titulaire.

Le tiers peut cependant demander l'annulation du permis de construire qui autorise à la construction d'un immeuble plus grand que celui prévu par le plan d'urbanisme, s'il démontre que ceci porte préjudice à ses intérêts. Il y a violation de l'intérêt légitime du tiers si, par exemple, le nouvel immeuble réduit l'ensoleillement et l'aération de sa propriété.

b) Le deuxième cas de figure concerne les décisions qui peuvent éteindre un droit subjectif et l'attribuer à un autre sujet juridique. On peut faire l'exemple d'un décret d'expropriation qui éteint le droit d'un particulier et attribue l'immeuble à un autre particulier, qui s'engage à l'utiliser pour une installation productive ou pour la construction de logements sociaux. Dans ces cas-ci, la décision crée un rapport juridique trilatéral entre l'administration et les deux particuliers.

3. Les tiers et la procédure administrative.

En droit administratif italien, les tiers sont pris en compte à deux égards : premièrement, en ce qui concerne la procédure administrative non contentieuse et, deuxièmement, par rapport à la procédure contentieuse. L'examen de ces deux aspects permet aussi de mieux comprendre la notion de tiers.

a) (procédure non contentieuse) En Italie, la procédure administrative non contentieuse est régie par la loi du 7 août 1990, n. 241. Cette loi attribue au particulier intéressé par la procédure la possibilité d'y participer, à travers l'examen des actes de la procédure, ainsi que par la présentation d'observations (mémoires) à l'administration (art. 10). L'administration est tenue de prendre en compte les observations de l'administré, si celles-ci sont pertinentes à l'objet de la procédure ; elle peut toutefois adopter une décision différente de celle que le particulier demandait, sous réserve d'en indiquer la raison dans la motivation de la décision.

La participation à la procédure est reconnue à tout particulier, pourvu qu'il soit titulaire d'un droit subjectif ou d'un intérêt légitime ; cette perspective accorde donc une importance décisive à la position juridique des

administrés. Dans certaines matières, ayant trait à des intérêts concernant des catégories entières de citoyens (tels les intérêts environnementaux), cette règle ne vaut pas, et la possibilité de participer à la procédure non contentieuse n'est accordée qu'aux associations de citoyens (et non aux particuliers).

Ainsi, la décision administrative devrait prendre en compte les intérêts de toutes les personnes qu'elle concerne, c'est à dire non seulement ses destinataires, mais aussi les tiers intéressés. Pour faciliter la participation de ces derniers, l'administration doit communiquer l'ouverture de la procédure aux tiers intéressés "facilement identifiables", outre qu'au destinataire de la décision.

Ces dispositions, qui étaient auparavant considérées comme des innovations très importantes et positives, ont été à l'origine d'une augmentation des annulations des décisions administratives, car souvent l'administration ne les respectait pas. En 2005, la loi n. 241/1990 a été modifiée de façon à exclure la possibilité d'annuler la décision pour violation des dispositions sur la participation des particuliers à la procédure non contentieuse, lorsque la compétence de l'administration est liée. En revanche, si l'administration exerce un pouvoir discrétionnaire, les normes sur la participation à la procédure conservent toute leur importance.

b) (procédure contentieuse) Dès son origine (qui remonte à 1889), le procès administratif italien a comporté des garanties particulières pour certains tiers. Aujourd'hui, le code du procès administratif de 2010 impose au requérant qui attaque une décision créatrice d'un avantage pour un autre particulier de notifier son recours à ce dernier. Le destinataire de la décision créatrice de l'avantage (qui, en droit italien, se dénomme contre intéressé (*controinteressato*)) est considéré comme une partie au litige, et il peut se prévaloir de toutes les prérogatives procédurales dont bénéficient le requérant et l'administration défenderesse.

On assiste en droit italien à une expansion de la protection du tiers dans le procès administratif. La jurisprudence a tendance à élargir le nombre de cas dans lesquels le tiers peut intervenir au litige avec les mêmes pouvoirs des autres parties. La Cour Constitutionnelle italienne, avant même de l'édiction du code du procès administratif, avait déjà introduit au procès administratif la voie de recours de la tierce opposition. La jurisprudence administrative impose même au requérant, comme condition préalable à la prononciation d'une décision en référé, de notifier le recours à tous les contre intéressés ; avant cela, le juge investi de la requête en référé ne pourra accorder que des mesures provisoires.

Une action populaire est admise en Italie seule exceptionnellement : la Constitution italienne (art.24) prévoit seulement la demande en justice des droits subjectifs et des intérêts légitimes. Le cas le plus importants d'action populaire est le contentieux en matière d'élections administratives.

Quant 'au droit à l'information, le tiers peut examiner et obtenir la copie des documents administratifs seulement s'il va justifier d'être titulaire d'un intérêt particulier à la connaissance de ces documents. Cet intérêt

particulier, selon la jurisprudence du juge administratif italien, doit être un intérêt correspondant à un droit subjectif ou à un intérêt légitime ; il s'agit donc toujours d'un intérêt juridique. En voie d'exception, chaque particulier a droit à l'information concernant l'environnement, sans aucun devoir de justifier son intérêt.

4. Questions spécifiques

La question des tiers en droit administratif fait actuellement l'objet d'un débat animé en Italie, notamment par rapport à certains aspects.

A) La loi sur la procédure administrative non contentieuse de 1990 (art. 11) a introduit la possibilité de remplacer la décision unilatérale par un accord entre le particulier et l'administration. La législation successive a étendu cette possibilité. Ces accords, même si ils concernent le droit public, viennent d'être considérés tels qu'actes contractuels. Aux accords s'appliquent en effet les principes du code civil en matière de contrats.

Le fait qu'une situation soit régie par un accord, et non pas par une décision, a des répercussions sur la protection du tiers. L'accord ne peut en effet pas être annulé de la même façon qu'une décision unilatérale. La loi de 1990 a affronté cette question en posant le principe selon lequel un accord ne peut pas être signé s'il porte un préjudice aux "droits des tiers". L'expression "droits des tiers" doit cependant être interprétée restrictivement, car elle ne couvre pas tous les intérêts des tiers.

Récemment, la loi de 1990 a été modifiée par l'introduction d'une norme très contestée, qui a prévu que l'accord doit toujours être précédé par une décision administrative qui exprime la volonté de l'administration de s'accorder avec le particulier : le tiers qui se considère préjudicié peut attaquer cette décision.

Cela montre comment le paradigme de la décision unilatérale est finalement plus favorable au tiers que celui de l'accord.

B) Depuis plusieurs années, l'Italie est engagée dans un processus de simplification de l'activité administrative voué à rendre celle-ci plus économique, efficace et rapide. Parmi les instruments utilisés pour la simplification, l'un des plus importants est la soumission à la déclaration préalable de certaines activités pour l'exercice desquelles une autorisation était auparavant requise (cf. art. 19 de la loi n. 241/1990).

L'élargissement du champ d'application de la déclaration préalable produit des effets très controversés, surtout par rapport aux tiers. Si l'activité n'est plus soumise à une autorisation, elle ne doit plus être précédée par une procédure administrative non contentieuse ; ainsi, la possibilité de participation des tiers disparaît. De plus, la déclaration préalable est considérée comme un acte privé ; par conséquent, le tiers ne peut pas saisir le juge administratif pour en demander l'annulation.

La question de la protection du tiers vis-à-vis de la déclaration préalable est un des thèmes les plus débattus en droit administratif italien. Face à la difficulté d'élaborer une solution appropriée, certains auteurs ont affirmé que la déclaration préalable doit être exclue dans les cas où la

procédure peut impliquer des tiers. Le Parlement italien, cependant, continue d'en élargir le champ d'application : actuellement, par exemple, pour pouvoir construire de nouveaux bâtiments le particulier peut alternativement rédiger une déclaration préalable ou demander un permis de construire.

5. L'exécution de tâches publiques et le tiers

En droit administratif italien, le phénomène de l'exécution de tâches publiques de la part du tiers peut relever de deux cas de figure distincts.

Dans le premier cas de figure, le tiers exerce une activité de droit privé pour l'administration. En Italie, les contrats administratifs s'inscrivent traditionnellement dans ce premier cas de figure.

Le deuxième cas de figure concerne l'exécution d'une activité de service publique par un tiers. Il s'agit là de cas exceptionnels, car les particuliers bénéficient du statut de sujet de droit privé et ils ne peuvent donc pas, en règle générale, être assujettis à une discipline de droit public. Par respect de la liberté des particuliers, les tâches publiques ne peuvent leur être imposées que moyennant leur consentement. Les cas dans lesquels les particuliers peuvent être assujettis à une discipline de droit public sans leur accord sont très rares, et ils doivent être prévus par une disposition législative (art. 23 de la Constitution); c'est le cas, par exemple, du service militaire.

Les cas dans lesquels le tiers est appelé à mener une activité de service publique, après y avoir consenti, font l'objet de décisions administratives. Parmi celles-ci, la plus importante est la concession. La concession était considérée par le passé comme l'acte qui permettait d'insérer le particulier dans l'organisation administrative, ainsi que de lui attribuer des pouvoirs publics (on appelait ce phénomène "l'administration indirecte"). Cette caractéristique paraissait surtout évidente dans la concession de services publics. Aujourd'hui, les concessionnaires de services publics sont encore soumis à des normes pénales et à une responsabilité administrative; souvent, la compétence sur les litiges à l'encontre des concessionnaires (pour ce qui concerne le droit aux informations, ou la discipline du service, par exemple) revient au juge administratif. Cela contribue à renforcer la conviction selon laquelle les actes des concessionnaires sont des actes administratifs.

A l'heure actuelle, dans le débat doctrinal italien, cette thèse a été remise en cause, et la thèse opposée, selon laquelle même la concession constitue un engagement contractuel, prend de plus en plus d'ampleur. On caractérise la concession surtout dans une perspective économique: celle-ci intervient en effet dans des secteurs où l'accès au marché est limité; c'est donc par le biais de la concession que l'administration sélectionne l'entrepreneur à qui confier ce secteur du marché. De plus, on assiste aujourd'hui en droit italien à une assimilation entre la concession et le contrat administratif: il ne faut pas oublier qu'en droit italien les contrats administratifs sont considérés comme des actes de droit privé, et non pas de droit public.

En revanche, le sujet des sociétés mixtes créées par des entités publiques pour réaliser des objectifs d'intérêt général fait l'objet d'un débat animé. En Italie ce type de sociétés est très répandu: elles ont été surtout créées par les Communes, à partir de 1990, dans le but d'exercer plus librement de nombreuses activités économiques. Suite à la diffusion excessive de sociétés créées par les Communes, la réaction du législateur, quelques années plus tard, a été de tenter de rendre leur modèle plus efficace, par l'imposition de toute une série de contraintes visant à éviter le gaspillage de ressources publiques. Plus précisément, le législateur a assujéti plusieurs de ces sociétés - créées sur la base de règles du droit des sociétés - à des obligations de droit public. Enfin, la Cour de Cassation est aussi intervenue, en affirmant que lorsque le capital de la société est entièrement public et que celle-ci opère selon le modèle "in house", les administrateurs sont soumis au régime de la responsabilité propre du fonctionnaire public (Cour de Cassation, sections réunies, 25 novembre 2013, n. 26283). La Cassation a ainsi conclu que les administrateurs de ces sociétés sont eux aussi soumis à la juridiction de la Cour des comptes (*Corte dei conti*), qui en Italie est compétente en matière de responsabilité administrative.