

# LE RECRUTEMENT DANS LES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES ET LE PRINCIPE DU CONCOURS DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE ITALIEN

**Roberto Cavallo Perin et Barbara Gagliardi**

**E.N.A. | *Revue française d'administration publique***

**2012/2 - n° 142  
pages 443 à 454**

**ISSN 0152-7401**

Article disponible en ligne à l'adresse:

-----  
<http://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2012-2-page-443.htm>  
-----

Pour citer cet article :

-----  
Cavallo Perin Roberto et Gagliardi Barbara, « Le recrutement dans les administrations publiques et le principe du concours dans le système juridique italien »,  
*Revue française d'administration publique*, 2012/2 n° 142, p. 443-454. DOI : 10.3917/rfap.142.0443  
-----

Distribution électronique Cairn.info pour E.N.A..

© E.N.A.. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

# LE RECRUTEMENT DANS LES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES ET LE PRINCIPE DU CONCOURS DANS LE SYSTÈME JURIDIQUE ITALIEN

Roberto CAVALLO PERIN

Barbara GAGLIARDI

*Professeur en droit administratif  
à l'Université de Turin*

*Chercheure-enseignante en droit  
administratif à l'Université de Turin*

## Résumé

Le système juridique italien consacre expressément le principe du concours pour le recrutement dans la fonction publique au niveau constitutionnel. Mais la Constitution elle-même permet de faire exception à ce principe dans les cas prévus par la loi, pourvu que les exceptions soient raisonnables et justifiées par des exigences d'intérêt public spécifiques et extraordinaires. L'obligation d'utiliser le concours a été récemment imposée aux sociétés publiques *in house*. Cette réforme assure l'effectivité du principe de libre circulation des travailleurs européens à l'égard de ces sociétés en raison de leur caractère substantiellement public. Le principe du concours assure une application parfaite du principe de libre circulation dans le cadre du recrutement des fonctionnaires publics, puisqu'il garantit le droit à une prise en compte homogène des titres et expériences professionnelles.

## Mots-clefs

Fonction publique italienne, concours public, libre circulation des travailleurs européens

## Abstract

— *Recruitment for public administration and the principle of the entrance examination within the Italian legal system* — *The Italian legal system explicitly enshrines the principle of entrance examinations for civil service recruitment at constitutional level. The Constitution itself allows exceptions to this principle “in cases provided for by law”, as long as the exceptions are “reasonable” and justified by “specific and extraordinary requirements of public interest”. The obligation of using entrance examinations was recently imposed upon “in-house providing” companies. This reform ensures the effectiveness of the principle of free movement of European workers as regards these organisations, due to their substantially public character. The principle of the entrance examination ensures a perfect application of the principle of free movement in the context of recruiting civil servants, since it guarantees the right to homogenous consideration of qualifications and professional experience.*

## Keywords

Italian civil service, open competition, free movement of European workers

## LE FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DU PRINCIPE DU CONCOURS POUR LE RECRUTEMENT DANS LES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

Dans le système juridique italien, le principe du concours pour le recrutement dans la fonction publique est énoncé expressément par la Constitution (art. 97, al. 3) qui prévoit que « l'on accède aux emplois dans les administrations publiques par le biais d'un concours, sauf dans les cas établis par la loi ».

Cet article fait partie du titre de la Constitution qui traite du pouvoir exécutif et plus spécialement de l'administration publique, juste après l'énonciation des principes de légalité et d'impartialité, ainsi que la notion spécifique au système juridique italien de « bonne gestion » (*buon andamento*) de l'organisation administrative (art. 97, al. 1). Il précède également l'article qui déclare que les employés publics sont « au service exclusif de la Nation » (art. 98, al. 2°, Const.).

La Constitution italienne fonde aussi le principe du concours avec son article 51 qui – en parfaite harmonie avec l'art. 6 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 – assure aux citoyens le droit « d'accéder aux emplois publics dans des conditions d'égalité, selon les critères établis par la loi ».

Le principe du concours est un élément qui caractérise les États de droit modernes<sup>1</sup> et, sur ce point, la culture juridique européenne ne différencie pas entre systèmes de *common law* et de *civil law*<sup>2</sup>. Selon certains auteurs, ce principe constituerait un héritage du droit canonique et notamment du Concile de Trente<sup>3</sup>, tandis que d'autres estiment qu'il provient du *Keju* – système d'examens pour l'accès au mandarinat chinois – importé en Europe par les jésuites<sup>4</sup>.

Parmi les premiers concours institués en Europe, il faut tout d'abord rappeler celui que lança la Compagnie britannique des Indes orientales – établissement commercial exerçant des fonctions régaliennes – qui fonda le collège de Haileybury, et qui inspira les écoles administratives françaises<sup>5</sup>.

1. Amendola (Marcello), « Concorso a pubblico impiego », *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 1961, 613; Ziller (Jacques), *Égalité et mérite*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 165 et suiv.; Pinelli (Cesare), « Il 3° comma dell'art. 97, L'accesso ai pubblici impieghi », *La Pubblica Amministrazione Art. 97-98, Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, p. 321-328, e spec. nt. 1.

2. Récemment : Pasa (Barbara), « Common law » [aggiornamento-2011], *Digesto delle discipline civilistiche*, Utet, Torino, 172 ss.; Eisenberg (Melvin Aron), *La natura del common law*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim*; Mattei (Ugo), *Common law - Il diritto anglo-americano*, Torino, Utet, 1996, *passim*; Lupoi Maurizio, « Common law e civil law (alle radici del diritto europeo) », *Foro italiano*, 1993, V, p. 431 et suiv.

3. Sadran (Pierre), *Le régime juridique des concours de la fonction publique*, thèse pour le doctorat en droit, mars 1972, Bordeaux, I; Sibert (Marcel), *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, thèse pour le doctorat, Paris, Arthur Rousseau Éditeur, 1912, 24 et suiv.; de Maillane (Durand), *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiaire*, Lyon, Joseph Duplain, 1770, p. 630 à 635.

4. Weber (Max), *Economia e società*, vol. IV, Milano, Edizioni di Comunità, 1980, vol. IV, p. 147 et suiv.; Cassese (Sabino), *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1991, p. 11 et suiv.; Zola (Alberto), « "Keju": il sistema degli esami nella Cina imperiale », *Diritto amministrativo*, 1996, 365 ss.; Fontana (Michela), Matteo Ricci, *Un Gesuita alla corte dei Ming*, Milano, Oscar Mondadori, 2008, p. 150 et suiv.; Balazs (Étienne), *La burocrazia céleste. Recherches sur l'économie et la société de la Chine traditionnelle*, tr. it. *La burocrazia celeste*, Milano, Il Saggiatore, 1971, p. 22 et suiv.

5. Mill (John Stuart), *Considerations on representative government*, London, Parker, Son, and Bourn, West Strand., 1861, p. 261; Griffio (Maurizio), *L'India coloniale dalla «autocrazia costituzionale» alla proto-democrazia, Il dibattito sulle riforme e l'Indian Civil Service (1909-1919)*, Milano, Franco Angeli, 1999, p. 39.

En Italie, ce principe constitutionnel républicain renoue avec l'époque monarchique, puisque le concours était déjà considéré comme le moyen « normal »<sup>6</sup> d'attribution des emplois publics dans les années 1870<sup>7</sup>. Puis il fut explicitement consacré par les premiers statuts de la fonction publique de l'État au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>8</sup> et, enfin, par ceux de la fonction publique locale<sup>9</sup>.

Le concours est considéré avant tout comme une garantie d'accès aux emplois publics dans des conditions de parité entre les sexes, qui dérivent directement du principe d'égalité (art. 3 Const. it.). Mais il représente aussi depuis toujours un instrument au bénéfice de l'administration publique, qui permet d'assurer la sélection des candidats les plus capables (principe de *buon andamento*) selon des critères objectifs, fondés sur le mérite, et donc libres de tout conditionnement politique ou de tout clientélisme (principe d'impartialité). Il protège ainsi l'image et l'efficacité de l'organisation publique.

Il répond donc ainsi à une triple exigence de garantie : pour l'administration, il permet de choisir les candidats les meilleurs en fonction de leur aptitude vis-à-vis de l'emploi à pourvoir ; pour les candidats, il garantit un choix impartial et donc un accès à l'emploi potentiellement ouvert à tous ; pour les usagers, il assure l'impartialité du service public<sup>10</sup>.

Le principe constitutionnel est aujourd'hui mis en œuvre par des dispositions qui imposent aux administrations publiques de recruter leurs personnels « par le biais de procédures de sélection [...] ayant pour finalité vérifier l'exigence de professionnalité » et « garantissant l'accès de l'extérieur », à la suite d'une « publicité adéquate » et selon une procédure impartiale, économique et rapide, qui permet de vérifier que chaque candidat possède les « aptitudes et qualités professionnelles en relation avec le poste à pourvoir ».

L'application de ces principes permet le respect de la parité entre hommes et femmes, la décentralisation des procédures et la professionnalisation des jurys, qui doivent être composés exclusivement d'experts disposant de compétences en matière de concours, et qui ne sont ni des responsables politiques ni des représentants d'organisations syndicales ou d'associations professionnelles<sup>11</sup>.

Les typologies et les phases des procédures sont ensuite déterminées par des règlements propres à chaque administration ; pour les collectivités locales qui n'ont pas adopté leur propre règlement, c'est la réglementation de l'administration de l'État qui s'applique<sup>12</sup>.

6. Petrozziello (Modestino), « Il rapporto di pubblico impiego », *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società Editrice Libreria, 1935, p. CLXIII; Pinelli (Cesare), « Il 3° comma dell'art. 97. L'accesso ai pubblici impieghi », *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, op. cit., p. 321; Sepe (Stefano), *Burocrazia e apparati amministrativi: evoluzioni storica e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 202.

7. Melis (Guido), *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 53; Ugolini (Romano), « Il criterio del merito nel Ministero della pubblica istruzione (1848-1900) », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1987, p. 417 et suiv.; Gustapane (Enrico), « L'introduzione nell'ordinamento amministrativo italiano del principio del merito per l'accesso agli impieghi pubblici: il caso del Ministero dell'interno », *ibid.*, 1987, p. 449 et suiv.

8. R.d. (décret royal) 22 novembre 1908, n. 693, art. 3; R.d. 30 décembre 1923, n° 2960, art. 1.

9. R.d. 12 février 1911, n° 297, art. 36; R.d. 3 mars 1934, n° 383, art. 223.

10. Cavallo Perin (Roberto), « Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto costituzionale dei cittadini », *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2002, p. 2001; Id., « Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche », *Diritto amministrativo*, 2003, p. 119 et suiv.; Gagliardi (Barbara), « Principio del pubblico concorso e professionalità dei pubblici funzionari », *Foro amministrativo – Consiglio di Stato*, 2009, p. 2799 et suiv.

11. D.lgs. 30 mars 2001, n. 165, art. 35 ; D.lgs : décret législatif.

12. D.lgs. 18 août 2000, n. 267, art. 89, al. 4°.

## LES CONCOURS « RÉSERVÉS » ET LE PRINCIPE DU CONCOURS PUBLIC

Le principe constitutionnel du concours impose nécessairement un caractère public : les procédures doivent être ouvertes à tous ceux qui possèdent les qualités minimales de qualification ou de « mérite » professionnel. Ils constituent ainsi une garantie spécifique du droit (et devoir) des citoyens d'effectuer « selon leurs possibilités et leurs choix, une activité ou une fonction qui contribue au progrès matériel ou spirituel de la société » (droit au travail, art. 4 Const.).

Les sélections totalement réservées aux fonctionnaires en service auprès de l'administration (promotions ou « progressions verticales ») ont été ainsi à plusieurs reprises déclarées non conformes à la Constitution<sup>13</sup>. Bien sûr, l'administration publique peut valoriser les « compétences professionnelles développées par ses agents »<sup>14</sup>, mais le pourcentage de postes qui peuvent être réservés à ces fonctionnaires ne peut pas dépasser 50 % de ceux qui sont accessibles par concours.

On retrouve l'affirmation du principe des concours publics à propos des récentes titularisations des emplois dits « précaires »<sup>15</sup> : bien que le recours aux agents non titulaires soit endémique dans l'administration, le nombre d'agents recrutés par contrats à durée déterminée ou contrats de « collaboration coordonnée et continue » a augmenté considérablement dans les dernières décennies en raison des « blocages de recrutements » de personnel titulaire décidés dans le but de limiter l'endettement public et de respecter les impératifs de l'Union européenne (pacte de stabilité).

Les exigences de justice sociale et de continuité de l'action publique ont justifié un grand nombre de titularisations, par le biais de réserves de postes dans les concours<sup>16</sup>, de concours réservés, voire directement par la signature de contrats à durée indéterminée. À ce propos, et notamment à l'encontre d'une série de lois régionales particulièrement enclines à instituer des procédures réservées aux agents « précaires », il a été rappelé que l'État impose le respect de certaines limites et que, en s'appuyant sur le principe du concours, il a réservé une telle possibilité à ceux qui ont été, dès le départ, recrutés dans l'emploi précaire sur concours (« procédures sélectives à caractère comparatif »<sup>17</sup>). De plus, ceci exclut de la titularisation les postes des hauts fonctionnaires et des collaborateurs des organes politiques<sup>18</sup>.

13. Corte cost. 26 mai 2006, n° 205; Corte cost. 3 mars 2006, n° 81; Corte cost., 28 décembre 2005, n° 465; Corte cost., 6 juillet 2004, n° 205.

14. D.lgs. 30 mars 2001, n° 165, art. 52, al. 1° bis, mod. par d.lgs. 27 octobre 2009 n° 150, art. 24.

15. Voir loi 27 décembre 2006 n° 296, art. 1, al. 519°, 526°, 529°, 558°, 560°; loi 24 décembre 2007 n° 244, art. 3, al. 80° et décret loi 1<sup>er</sup> juillet 2009 n° 78, art. 17. Pour une interprétation de ces dispositions: Cons. St., ad. plen., 24 mai 2011, n. 9.

16. Voir d.l. 1<sup>er</sup> juillet 2009 n. 78, art. 17, al. 10° et suiv., conv. in l. 3 août 2009, n. 102.

17. Cons. St., sez. IV, 12 juillet 2010, n° 4495.

18. Pour l'application de ces disposition à la législation régionale: Corte cost., 5 mars 2012, n. 51; Corte cost., 11 avril 2011, n. 123; Corte cost., 1<sup>er</sup> avril 2011, n. 108; Corte cost., 3 mars 2011, n. 68; Corte cost., 3 mars 2011, n. 67; Corte cost., 18 février 2011, n. 52; Corte cost., 7 février 2011, n. 42; Corte cost., 5 janvier 2011, n. 7; Corte conti, sez. contr. riun., Relazione 2011 sul costo del lavoro pubblico, Roma, mai 2011, 72 ss.

## LA CONTRACTUALISATION DES EMPLOIS PUBLICS N'A PAS MODIFIÉ LE PRINCIPE DU CONCOURS : LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DU CONCOURS CONFORMES À LA CONSTITUTION

La Constitution elle-même permet de faire exception au principe du concours grâce à l'art. 97 al. 3° («sauf dans les cas prévus par la loi»). Comme la Cour constitutionnelle l'a plusieurs fois souligné, il faut cependant que ces exceptions soient raisonnables<sup>19</sup>.

À l'occasion de réforme dite de la « contractualisation de l'emploi public »<sup>20</sup> de 1993, certains auteurs ont essayé d'octroyer une plus large liberté à l'employeur public pour le recrutement de ses agents, en s'appuyant notamment sur les « capacités et les pouvoirs de l'employé privé » attribués par la réforme elle-même aux hauts fonctionnaires<sup>21</sup>. Il s'agissait de donner une réponse à certaines critiques qui, au cours des années précédentes, avaient reproché aux concours leur inefficacité et leur caractère excessivement académique<sup>22</sup>.

Il avait été proposé notamment d'adopter des procédures de droit privé pour les concours, dont le contentieux aurait dû revenir aux magistrats de l'ordre judiciaire<sup>23</sup>, suivant ainsi le critère d'attribution générale du contentieux en matière d'emploi public introduit par la réforme<sup>24</sup>. D'autres propositions conseillaient, de manière plus générale, d'introduire des procédures « non fondées sur la comparaison des mérites »<sup>25</sup>.

Ces propositions ont provoqué une forte réaction qui a réaffirmé – avec une emphase accrue – le principe du concours pour l'accès à la fonction publique et pour les progressions de carrière<sup>26</sup>. Il a été souligné aussi que les exceptions au principe, bien qu'admissibles par la Constitution elle-même dans les cas prévus par la loi, doivent non seulement être prévues par une source du droit de rang primaire, mais doivent aussi être interprétées d'une façon restrictive et être justifiées par « des exigences d'intérêt public spécifiques et extraordinaires »<sup>27</sup>, qui ne peuvent pas simplement correspondre aux « exigences pratiques de l'administration publique liées à la gestion des personnels »<sup>28</sup>.

Les exigences de solidarité justifient des dérogations au concours et des procédures spéciales pour les handicapés. Il est ainsi possible de prévoir des réserves de postes, des aménagements matériels pour le déroulement des épreuves et même des recrutements directs<sup>29</sup>.

19. Voir *supra* note 12.

20. D.lgs. 29 février 1993, n. 29, puis d.lgs. n. 165 de 2001.

21. D.lgs. n. 165 de 2001, art. 5, al. 2°.

22. Rusciano (Mario), *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, 262 e ss.

23. Fiorillo (Luigi), « Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili », *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1032 et suiv; Luciani (Vincenzo), « Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera », *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di V. Zoppoli, 2009, Napoli, Esi, p. 317-318, spéc. nt. 3; Battini (Stefano), *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, 557.

24. D.lgs. 31 mars 1998, n° 80, art. 29 et puis d.lgs. n° 165 de 2001, art. 63.

25. Iaria (Domenico), « Concorso pubblico », *Il diritto - Enciclopedia giuridica*, Milano, Il Sole 24 ore, 2007, vol. III, p. 564.

26. L. 4 mars 2009, n° 15, art. 2, al. 1°, lett. g ; voir Luciani (Vincenzo), « Il principio di concorsualità tra assunzioni e progressioni in carriera », *op. cit.*, p. 323 et suiv.

27. Corte cost., 7 février 2011, n° 42.

28. Corte cost., 18 février 2011, n° 52; Corte cost., 7 février 2011, n°42.

29. Art. 38, al. 3°, Cost.; loi 12 mars 1999, n. 68, art. 3.

Ces avantages sont toutefois soumis à une condition : être au chômage<sup>30</sup> ; condition qui amène à exclure les postes réservés aux handicapés dans les procédures de carrière, puisqu'ils détermineraient « une diminution non raisonnable des principes d'égalité et de mérite, au détriment de l'efficacité et de la bonne gestion de l'administration publique »<sup>31</sup>.

Le recrutement se déroule sans concours pour les postes à moindre qualification professionnelle et pour certains emplois de niveau supérieur : parmi les premiers, on retrouve ceux pour lesquels le seul diplôme correspondant à la scolarité obligatoire est requis<sup>32</sup>. Au sommet de la hiérarchie administrative on considère parfois comme prédominante la nécessité d'un lien de loyauté partisane avec les organes politiques : ceci s'applique aux fonctionnaires dits « d'équipe » qui composent les cabinets particuliers des ministres et des secrétaires d'État, ou pour les adjoints et conseillers de l'administration territoriale<sup>33</sup>.

L'exigence d'aptitudes techniques issues de milieux autres que le secteur public est satisfaite par les recrutements proposant un contrat à terme aux personnels de « haute spécialisation » ou par le « système des dépouilles »<sup>34</sup>. L'utilisation de ces contrats doit être limitée aux seules « positions situées hiérarchiquement au sommet » de l'administration, c'est-à-dire celles qui prévoient une collaboration directe avec les responsables politiques, avec l'exclusion des postes de gestion<sup>35</sup>. Les nominations et les congédiements doivent être subordonnés à la vérification rigoureuse des aptitudes professionnelles et des résultats atteints durant l'exercice de la fonction<sup>36</sup>.

Récemment, le législateur a limité la possibilité d'attribuer des emplois supérieurs aux personnes externes à l'administration par le biais de contrats à durée déterminée en fixant un pourcentage maximum qui se situe entre 8 % et 10 % du total. Cette limitation est valable aussi bien pour la fonction publique de l'État que pour la fonction publique territoriale<sup>37</sup>.

30. Cons. St., sez. VI, 14 décembre 2006, n° 7395; Cons. St., sez. VI, 30 novembre 2006, n° 7004; *contra* soutient que la situation de chômage doit être prouvée au moment de la nomination (et non pas du concours); Cons. St., sez. V, 7 décembre 2001, n° 6175.

31. Corte cost. 11 mai 2006, n° 190; Corte cost. 1 avril 1998, n° 88.

32. D.lgs. n. 165 de 2001, art. 35, al. 1°, lett. b; loi 28 février 1987, n° 56, art. 16) ; d.lgs. n° 165 del 2001, art. 35, a. 1, lett. b.

33. Gardini (Gianluca), *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2003; Merloni (Francesco), « Gli incarichi fiduciari », *L'amministrazione come professione, I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, a cura di G. D'Alessio, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 117 et suiv.

34. En ce qui concerne les postes de niveau supérieur, il est possible de recruter avec contrat à durée déterminée des personnes « ayant une qualification professionnelles particulière et prouvée, qui ne soit pas retrouvable parmi les personnels de l'administration et qui ont exercé des fonctions d'haute administration pendant cinq années au moins au près d'organisations publiques ou privées ou bien d'entreprises publiques ou privées, ou qui ont acquis une spécialisation particulière à caractère professionnel, culturel et scientifique prouvée par leur formation universitaire et post universitaire, par des publications scientifiques et par des expériences de travail concrètes pendant cinq années au moins [...] dans des postes qui donnent accès à l'haute fonction publique, ou qui proviennent des secteurs de la recherche, de l'enseignement universitaire, de la magistrature et des avocats et des procureur d'État » (d.lgs. n° 165 de 2001, art. 19, al. 6°; voir aussi pour les collectivités locales: d.lgs. 18 août 2000, n° 267, art. 110).

35. Corte cost., 5 février 2010, n° 34 ; voir: Battini (Stefano), « L'autonomia della dirigenza pubblica e la "riforma Brunetta": verso un equilibrio fra distinzione e fiducia ? », *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 39 et suiv.

36. Corte cost., 24 juin 2010, n° 224; Corte cost., 20 mai 2008, n° 161; Corte cost., 23 mars 2007, n° 103 et 104..

37. D.lgs. n° 165 del 2001, art. 19, al. 6° e 6° ter, modifié par le d.lgs. n° 150 de 2009, art. 40. Le juge constitutionnel a annulé pour violation du principe du concours *public* une loi régionale qui prévoyait la possibilité d'attribuer à des externes – avec contrat à durée déterminée – un nombre de postes particulièrement élevé (30 %) pour des contrats de haute administration, et ceci sans que l'administration doive démontrer l'« exigence spécifique d'intérêt public » : Corte cost., 15 janvier 2010, n° 9.

Aujourd'hui encore, il est souvent reproché aux concours d'avoir un caractère excessivement académique, d'être trop longs, trop coûteux et d'être parfois incapables de sélectionner les meilleurs candidats en raison d'une certaine « perméabilité » à des influences illicites (recommandations, favoritismes, *etc.*)<sup>38</sup>.

Il s'agit certainement de dysfonctionnements lourds qui toutefois ne remettent pas en cause la validité du principe du concours. Depuis longtemps, il a été suggéré d'introduire des concours « uniques » au niveau national ou régional qui permettrait de former des listes de lauréats à la disposition de plusieurs administrations publiques<sup>39</sup>, en parallèle à la mise en place d'une « fonction publique de métiers »<sup>40</sup>.

En ce qui concerne la fonction publique d'État, c'est la loi elle-même qui prévoit des concours uniques au niveau régional pour le recrutement dans des postes ouverts<sup>41</sup>. Sa mise en œuvre demeure imparfaite et chaque administration a continué à effectuer ses propres recrutements. Il en résulte que tous les candidats disponibles participent à tous les concours de manière autonome, lesquels deviennent de plus en plus longs et coûteux.

Les concours uniques au niveau régional pourraient non seulement simplifier les procédures mais aussi permettrait de réduire les favoritismes parfois exercés lorsque chaque administration recrute ses propres agents. Le modèle à suivre pourrait être celui déjà été expérimenté avec succès pour les achats publics de biens et services (centrales d'achat)<sup>42</sup>.

Il serait utile surtout de permettre aux collectivités locales d'utiliser ces listes pour leurs recrutements : même s'il semble difficile de réussir à leur imposer une telle utilisation, il pourrait s'agir d'une option facultative. Les collectivités pourraient choisir librement entre les candidats reçus aux concours, sans suivre l'ordre le classement au mérite.

## LE RECRUTEMENT DANS LA FONCTION PUBLIQUE D'ÉTAT DANS LES ANNÉES RÉCENTES

Dans les dernières années la possibilité de recruter de nouveaux fonctionnaires a été fortement limitée pour toutes les administrations publiques : pour les années de 2010 à 2013 les administrations d'État ont été autorisées à remplacer les personnels retraités ou licenciés dans une mesure égale à 20 % (blocage du *turn over*). D'autres limites ont été introduites concernant le budget pour les personnels et le recrutement des contractuels.

38. Pour une synthèse des critiques: Barrera (Pietro), « Riflessioni e qualche idea sul reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni », *www.astrid-online.it*, 2010.

39. Vetrutto (Giovanni), « Il reclutamento dei pubblici dipendenti dopo il d.lgs. n. 29 del 1993 », *Rivista giuridica del lavoro*, 1996, p. 430. La proposition concernant les concours uniques se retrouve déjà dans le « Rapport Giannini » de 1979 (M.S. Giannini, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, p. 25).

40. Silicani (Jean-Ludovic), *Libre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, Paris, La documentation française, avril 2008, p. 88 et suiv.

41. D.lgs. n° 165 de 2001, art. 35, al. 5°.

42. Cavallo Perin (Roberto) – Racca (Gabriella M.), « La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici », *Diritto amministrativo*, 2010, p. 349 et suiv. ; Racca (Gabriella M.), « Collaborative procurement and contract performance in the Italian healthcare sector : illustration of a common problem in European procurement », *Public Procurement Law Review*, 2010, p. 119.



Pour réaliser des économies les administrations ont été autorisées à utiliser les listes des lauréats des concours dont la durée de validité a été plusieurs fois prorogée (en dépassant le délai de trois ans normalement prévu)<sup>43</sup>.

En 2010<sup>44</sup> les autorisations à publier des avis de concours pour la fonction publique d'État concernent au total environ 1 200 postes. Or la même année environ 43 000 fonctionnaires ont été recrutés (dont presque 34 000 parmi les enseignants et les autres personnels de l'instruction)<sup>45</sup>, en puisant probablement surtout au sein des listes des concours précédentes qui ont été prorogées dans ce but. Par rapport à l'année 2009, l'on peut recenser, d'un côté, une diminution significative des concours ouverts (plus de 11 000) et de l'autre une augmentation des recrutements qui ont concerné environ 27 000 nouveaux fonctionnaires<sup>46</sup>.

## L'APPLICATION DU PRINCIPE EN DEHORS DU CADRE DES « ADMINISTRATIONS PUBLIQUES » : LE CAS DES SOCIÉTÉS PUBLIQUES

L'obligation d'utiliser le système du concours pour le recrutement des personnels a été récemment imposée hors du cadre restreint des établissements publics en raison du caractère public substantiel de certaines sociétés, qui, bien qu'ayant une forme juridique de droit privé, sont chargées de certains services publics ou bien sont contrôlées par des organes publics<sup>47</sup>.

Notamment, les sociétés *in house providing* sont désormais tenues d'utiliser pour le recrutement de leurs personnels et pour la signature de contrats de prestations professionnelles des critères et des modalités correspondant à ceux prévus pour les administrations publiques en application du principe du concours<sup>48</sup>.

Cette évolution récente reprend l'obligation déjà établie pour les recrutements des sociétés contrôlées par des organes publics « dans le respect des principes de transparence, de publicité et d'impartialité, y compris ceux qui proviennent du droit

43. Le délai de trois ans est prévu par le d.lgs. n° 165 de 2001, art. 35, al. 5° *ter* ; pour la fonction publique territoriale voir d.lgs. n° 267 de 2000, art. 91, al. 4°. Pour la dernière prorogation de la validité des listes : d.l. 29 décembre 2011, n° 216, art. 1, al. 4°, converti en loi 24 février 2012, n° 14.

44. Les données concernant 2011 n'ont pas encore été publiées.

45. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, *Relazione al Parlamento sullo Stato della pubblica amministrazione*, 2010-2011, Roma, octobre 2011, p. 170 et suiv.

46. Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, *Relazione al Parlamento sullo Stato della pubblica amministrazione*, 2009, Roma, octobre 2010, p. 136.

47. Corte cost., 18 février 2011, n° 52: la cour a déclaré non-conforme à la Constitution une loi régionale qui avait attribué la personnalité juridique de droit public à une fondation privée qui opérait dans le domaine de la santé. La fondation avait prévu un concours réservé à ses personnels dans le but de les faire transiter auprès du *Servizio sanitario nazionale* (Sécurité sociale). Or, l'attribution de la personnalité juridique de droit public implique nécessairement le fait d'organiser des concours ouverts à tous.

48. D.l. 24 janvier 2012, n° 1, art. 25, al. 6°, converti en l. 24 mars 2012, n° 24 ; voir aussi d.l. 13 août 2011, n° 138, art. 4, al. 17°, converti en l. 14 septembre 2011, n° 148. La norme provient de l'application directe de l'art. 97 Cost.: Corte cost., 23 février 2011, n. 68; Cons. St., sez. cons. atti norm., 24 mai 2010, n. 2415/2010. Voir: De Michele (Annunziata), « I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali », *Istituzioni del federalismo*, 2011, p. 69 et suiv.; Piperata (Giuseppe), « A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema », *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, p. 632.

communautaire »<sup>49</sup>. Ces principes, dont l'interprétation n'a pas variée<sup>50</sup>, se traduisent *a minima* par l'obligation de rendre publique l'intention de recruter, en établissant au préalable les critères qui seront utilisés pour la sélection, et par l'obligation de publier la liste des candidats retenus en motivant les exclusions.

Les sociétés *in house providing* doivent respecter des principes de transparence, de publicité et d'impartialité pour l'attribution de leurs marchés publics<sup>51</sup>. Dans ce dernier domaine, ces principes visent le respect des impératifs de concurrence posés par l'Union européenne ; en matière de recrutement des fonctionnaires publics, ils rendent effective la libre circulation des travailleurs, valable aussi à l'égard des administrations publiques.

## LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS EUROPÉENS : UN FONDEMENT SUPPLÉMENTAIRE AU PRINCIPE DU CONCOURS

Même si le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne exclut les « emplois dans l'administration publique » de l'application des règles sur la libre circulation des travailleurs (art. 45, § 4, déjà art. 39, § 4), l'interprétation qui a été donnée de cette dérogation a permis l'accès des ressortissants européens à la plupart des postes de la fonction publique.

Cette interprétation associe l'expression « emplois dans l'administration publique » aux « activités participant dans l'État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique », déjà utilisée dans le Traité pour exclure l'application des normes sur le droit d'établissement (art. 51 TFUE) et rappelée aussi en matière de libre prestation des services (art. 62 TFUE). Ainsi seules sont exclues du principe de la libre circulation des travailleurs européens, les activités qui participent à l'exercice de l'autorité publique et qui en même temps impliquent la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou d'autres collectivités publiques<sup>52</sup>.

Le principe a un caractère fonctionnel, puisqu'il dépend exclusivement des caractéristiques de l'emploi exercé, sans attribuer d'importance au caractère public ou privé de l'organisation, à son secteur d'activité ni à la typologie de la relation juridique établie entre celle-ci et le travailleur. Cela a donc contraint les États membres à limiter de manière significative l'exclusion des étrangers de la fonction publique, autrefois considérée comme une « règle nationale séculaire »<sup>53</sup> et a permis le recrutement de ressortissants

49. D.I. 25 juin 2008, n° 112, art. 18, al. 2°, converti en loi 6 août 2008, n° 133.

50. Pour l'interprétation européenne du principe de transparence dans le domaine des marchés publics récemment : Commission, Communication au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Économique et Social Européen et aux Comités des Régions, « Livre blanc sur les services d'intérêt général », Bruxelles, 12.5.2004, COM(2004) 374 fin., p. 11.

51. D.I. n° 1 de 2012, art. 25, al. 6°, converti en l. n° 24 de 2012 ; voir : Wang (Ping), Cavallo Perin (Roberto), Casalini (Dario), « Addressing purchasing arrangement between public sector entities », in Arrowsmith (S.), Anderson (R.D.) ed., *The WTO Regime on Government Procurement. Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 252 ; Cavallo Perin (Roberto) – Casalini (Dario), « Control over In-house Providing Organisations », *Public Procurement Law Review*, 5, 2009, p. 231.

52. Communication de la Commission du 11 décembre 2002, COM(2002) 694 final, « Libre circulation des travailleurs – en tirer pleinement les avantages et les potentialités » ; voir aussi Communication de la Commission du 18 mars 1988, n° 88/C72/02, « Libre circulation des travailleurs et accès à l'emploi dans l'administration publique des États membres ».

53. Alberton (Ghislaine), « L'ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne », *RFDA*, 2003, p. 1194.

européens dans les services publics à caractère industriel et commercial, dans la santé, dans l'enseignement et dans la recherche publique civile<sup>54</sup>.

L'exception au principe de la libre circulation des travailleurs se justifie pour les emplois qui impliquent l'« existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité des droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité »<sup>55</sup>. Ceci concerne notamment les emplois liés aux fonctions régaliennes (forces armées, police et autres forces publiques, autorités judiciaires, fiscales et corps diplomatique)<sup>56</sup>, pourvu que ces emplois comportent en même temps l'exercice de prérogatives de puissance publique. Celles-ci s'identifient aux pouvoirs « de commandement et de contrainte à l'égard des particuliers »<sup>57</sup>, c'est-à-dire aux pouvoirs de droit public tels que « l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes dépendants »<sup>58</sup>. Leur exercice ne doit pas être occasionnel, mais il doit caractériser l'activité d'une façon prédominante<sup>59</sup>.

Au contraire, même dans les fonctions régaliennes, l'accès aux postes de maintien, de gestion ou de conseil technique doit être conforme au principe de libre circulation des travailleurs<sup>60</sup>.

Ce principe s'affirme ainsi indépendamment des vagues de privatisation ou de nationalisation qui se manifestent périodiquement dans les différents États membres, c'est-à-dire au-delà de la distribution des activités entre secteur public et privé, permettant ainsi d'éviter la discrimination entre travailleurs fondée sur les différentes qualifications juridiques nationales.

En Italie les ressortissants de l'Union européenne (art. 20 ss. TFUE) peuvent être recrutés dans tous les emplois des administrations publiques, avec la seule exclusion de ceux qui « impliquent un exercice direct ou indirect de pouvoirs publics » ou bien « exercent une influence sur la tutelle de l'intérêt général »<sup>61</sup>.

54. Communication de la Commission du 18 mars 1988, cit.; CJCE, 2 juillet 1996, C-290/94, *Commission c. République hellénique*; CJCE, 2 juillet 1996, C-473/93, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg*; CJCE, 2 juillet 1996, C-173/94, *Commission c. Royaume de la Belgique*; CJCE, 1<sup>o</sup> décembre 1993, C-37/93, *Commission c. Royaume de la Belgique*; CJCE, 2 août 1993, C-259/91, C-331/91 et C-332/91, *Allué c. Università degli Studi di Venezia*; CJCE, 27 novembre 1991, C-4/91, *Bleis c. Ministère de l'Éducation nationale*; CJCE, 30 mai 1989, C-33/88, *Allué c. Università degli Studi di Venezia*; CJCE, 16 juin 1987, C-225/85, *Commission c. République Italienne*; CJCE, 3 juin 1986, C-307/84, *Commission c. République française*; et Conclusions de l'avocat général Christine Stix-Hackl présentées le 12 septembre 2002, C-285/01, *Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la solidarité*.

55. L'on trouve un autre fondement dans le principe de démocratie et de légalité: Demmke (Christoph) and Linke (Uta), « Who's a National and Who's a European? Exercising Public Power and the Legitimacy of Art. 39 4 EC in the 21st Century », *Eipascope* 2003/2, 8, [www.eipa.nl](http://www.eipa.nl).

56. Sur la notion de fonctions régaliennes : de Bellescize (Ramu), *Les services publics constitutionnels*, Paris, LGDJ, 2004, p. 9 et suiv.; Lignières (Paul), « Le droit communautaire et la distinction des activités régaliennes et non-régaliennes », *Droit administratif européen*, sous la direction de J.B. Auby et J. Duthéil de la Rochère, Bruxelles, 2009, p. 982; Giorgi (Giorgio), *La dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali*, Firenze, Casa Ed. Libreria F.lli Cammelli, 1899, vol. I, p. 369 et suiv. e pt. spec. VI, p. 49 et suiv., vol. III, n. 3, n. 32.

57. Alberton (Ghislaine), *op. cit.*, 1197.

58. Communication de la Commission du 5 janvier 1988, *cit.*

59. CJCE, 10 décembre 2009, C-460/08, *Commissione c. Repubblica Ellenica*; CJCE, 11 septembre 2008, C-447/07, *Commissione c. Repubblica Italiana*; CJCE, 30 septembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española c. Administración del Estado* et CJCE, 30 septembre 2003, C-47/02, *Anker c. République fédérale d'Allemagne*.

60. Communication de la Commission du 11 décembre 2002, *cit.*

61. D.lgs. n<sup>o</sup> 165 de 2001, art. 38 ; la formulation utilisée par le législateur italien ne coïncide pas totalement avec l'interprétation européenne, surtout parce que les deux critères sont ici alternatifs et non cumulatifs : voir Ziller (Jacques), *Free movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part II, *Country files*, Report for the European Commission, European Commission, 2010, p. 75.

Les dérogations à la liberté de circulation des travailleurs ont été indiquées par le gouvernement dans les emplois publics de niveau supérieur (*dirigenza*) ou qui comportent l'exercice des attributions du « sommet administratif », ceux des magistrats (judiciaires, administratifs, militaires et comptables), des avocats et procureurs de l'État, ou encore les emplois de tout corps militaire ou civil de la Présidence du Conseil des ministres et des ministères chargés des fonctions régaliennes (ministères des affaires étrangères, de l'intérieur, de la justice, de la défense, de l'économie). Restent enfin exclus de la libre circulation les emplois qui comportent l'exercice de fonctions administratives telles que l'élaboration des actes de coercition, d'autorisation et de contrôle, qu'il s'agisse d'un contrôle de légalité ou d'opportunité<sup>62</sup>.

L'énumération coïncide presque avec celle des emplois qui sont encore en régime statutaire (non contractualisés), et qui inclut les magistrats des ordres judiciaires, administratifs et de la Cour des comptes, les avocats et procureur de l'État, les diplomates, les préfets, les personnels de certaines autorités administratives indépendantes, les personnels du corps national des sapeurs pompiers et les hauts fonctionnaires pénitentiaires (d.lgs. n° 165 de 2001, art. 3). Les emplois des professeurs et chercheurs universitaires sont provisoirement sous régime statutaire mais ils demeurent bien évidemment ouverts aux étrangers en application de la libre circulation des travailleurs européens et d'une tradition qui trouve son origine dans le *ius ubique docendi* qui leur été reconnu au Moyen Âge<sup>63</sup>.

Pour rendre effectif l'accès des ressortissants européens aux emplois de la fonction publique, il faut assurer la reconnaissance des diplômes<sup>64</sup> et des expériences professionnelles acquises dans les États d'origine.

L'adéquation parfaite entre les contenus des formations n'est pas nécessaire lorsqu'un titre atteste un certain niveau de formation, sans mention du contenu ou lorsqu'un diplôme atteste un niveau qui répond à certains critères liés au contenu (ex. diplôme d'économie, de science politique, etc.), puisque le diplôme est normalement requis pour prouver la maîtrise de connaissances générales dans la discipline retenue, de notions méthodologiques et d'une certaine capacité de raisonner. C'est pourquoi l'État de destination – par-delà les dénominations nationales – doit évaluer les emplois qu'une certaine qualification permet d'exercer dans le pays d'origine pour établir ceux qui leur correspondent dans celui de destination (mis à part le recours à des mécanismes de garantie en cas de décalage excessif)<sup>65</sup>. L'expérience du candidat auprès de l'administration publique d'un autre État membre doit toujours être évaluée à l'occasion des concours<sup>66</sup>,

62. D.P.C.M. 7 février 1994, n° 174, art. 1 et 2.

63. Rashdall (Hastings), *The Universities of Europe in the Middle Ages*, Cambridge, Clarendon press, 1995, éd. 2010, p. 11; Cobban (Alan B.), *The Medieval Universities: their Development and Organization*, London, Methuen & Co Ltd, 1975, p. 27; Northon (Arthur O.), *Readings in the History of Education: Mediaeval Universities*, Teddington, The Eco Library, 2006, p. 66

64. Dir. du Parlement européen et du Conseil n° 2005/36/Ce du 7 septembre 2005, qui a remplacé les dir. du Conseil n° 89/48/Cee du 21 décembre 1988 et n° 92/51/Cee 18 juin 1992.

65. Communication de la Commission du 11 décembre 2002, cit., 26. Voir aussi Dir. 2005/36/Ce, cit., art. 13.

66. Pour établir la reconnaissance d'un diplôme il faut aussi évaluer l'expérience professionnelle de l'intéressé : CJCE, C-313/01 de 2003, cit.; CJCE, 22 janvier 2002, C-31/00, *Dreessen c. Conseil national de l'ordre des architectes*; CJCE, 14 septembre 2000, C-238/98, *Hocsman c. Ministre de l'Emploi et de la Solidarité*; CJCE, C-340/89 de 1991, cit. Pour la condamnation de l'Italie pour la discrimination des ressortissants communautaires dans le recrutement des enseignants pour le manque de considération de l'expérience acquise dans les autres États membres: CJCE, 12 mai 2005, C-278/03, *Commission c. République Italienne*. Voir d.lgs. n. 165 de 2001, art. 38, al. 3° : « Dans les cas d'absence d'une réglementation adoptée au niveau de l'Union européenne, la Présidence du Conseil des ministres – Département de la fonction publique prend les mesures nécessaires à l'égalisation des diplômes et des expériences professionnelles [...] ». La même procédure est suivie pour l'admission aux concours et la titularisation.

mais aussi lors des actes de classement des personnels<sup>67</sup> et, de manière générale, à des fins économiques et juridiques, pourvu qu'elle soit « analogue » à celle qui est normalement considérée dans l'État de destination<sup>68</sup>.

Le principe de libre circulation assure le droit à participer aux concours dans des conditions d'égalité de traitement avec les candidats du pays de destination qui sont titulaires d'un diplôme ou d'un autre titre équivalent. Pour autant, il ne fonde pas un droit subjectif au recrutement ou au détachement dans les administrations des autres États membres ; le système juridique de l'Union refuse de reconnaître un tel droit, même s'il encourage et soutient la mobilité des fonctionnaires<sup>69</sup>.

Les différentes réglementations nationales sur les concours – écoles administratives, concours ouverts à tous les citoyens européens – garantissent l'évaluation des candidats selon leur seul mérite et donc le droit à une considération homogène des titres et expériences professionnelles selon « leurs vertus et talents », sans poser d'entraves au principe européen de libre circulation. C'est exactement grâce à la tradition européenne du recrutement par concours que le principe de libre circulation des travailleurs peut trouver une application parfaite à l'égard des administrations publiques nationales<sup>70</sup>.

67. CJCE, 23 février 1994, C-419/92, *Scholz c. Opera universitaria di Cagliari*.

68. CJCE, 26 octobre 2006, C-371/04, *Commission c. République italienne*. L'Italie a adapté son système juridique à la décision de la Cour en adoptant le d.l. 8 avril 2008, n° 59, art. 5, converti en l. 6 juin 2008, n° 101, aux termes duquel « Les administrations publiques obligées au respect du principe de libre circulation des travailleurs [...], évaluent pour les finalités juridiques et économiques l'expérience professionnelle et l'ancienneté acquises par les citoyens communautaires dans l'exercice d'une activité analogue à celle qui est considérée avoir des effets et exercée au près d'une administration publique d'un autre État membre, [...] selon des conditions d'égalité de traitement par rapport à celles qui ont été acquises dans le système juridique italien ». L'on considère cette disposition incapable de garantir une application précise et claire du principe : Ziller (Jacques), *Free movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Part II, *Country files*, cit., p. 75

69. Communication de la Commission du 11 décembre 2002, cit., 22. Pour des normes italiennes récentes qui valorisent et prônent l'acquisition d'expériences au près des administrations des autres États membres : d.lgs. n. 165 del 2001, cit., art. 28 bis, al. 1°, 3° e 4°, introduits par le d.lgs. n. 150 del 2009, cit., art. 47.

70. CJCE, 9 septembre 2003, C-285/01, *Burbaud c. Ministère de l'emploi et de la solidarité*.