

Thèmes
Commentaires & Actes

LE STATUT GÉNÉRAL DES FONCTIONNAIRES : TRENTE ANS, ET APRÈS ?

Sous la direction de Charles Fortier

centre
de recherches
juridiques
de l'Université
de Franche-Comté
crjfc

DALLOZ

L'exemple italien : l'exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation

Roberto Cavallo Perin
Barbara Gagliardi
Université de Turin

I. LA CONTRACTUALISATION ET L'ORIGINE DU STATUT DES FONCTIONNAIRES

Depuis la réforme dite de la « contractualisation » de l'emploi public de 1992-1993¹, la plupart des fonctionnaires italiens sont liés à l'administration par un contrat qui est régi par les mêmes normes de droit du travail que celles qui sont applicables aux salariés du secteur privé, sauf lorsque le « Code » de la fonction publique (D.lgs. 30 marzo 2001, n° 165) prévoit des dérogations aux règles générales. Le contrat individuel est à son tour soumis à des conventions collectives que l'Agence pour la représentation contractuelle des Administrations publiques (ARAN) signe au niveau national, pour chaque secteur de l'administration, avec les organisations syndicales « les plus représentatives² ». En outre,

1. V., L. 23 ottobre 1992, n° 421, *Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale*, art. 2 et d.lgs. 3 febbraio 1993, n° 29, *Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego*. Au sujet de la contractualisation, les contributions ont été très nombreuses, v., entre autres : S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padoue, 2000, p. 330 s. ; M. D'Antona, « La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto », in M. D'Antona, G. Cecora, S. Battini, G. D'Auria, S. Cassese (dir.), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milan, 1997, 1 ; S. Cassese, « Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego », *ibid.* p. 77.

2. D.lgs. 30 marzo 2001, n° 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, art. 40 s.

au niveau local, chaque établissement public négocie les conventions collectives « décentralisées ».

Seuls les fonctionnaires chargés de « fonctions régaliennes » – notamment les magistrats, les préfets, les policiers, les diplomates – ont été exclus de la contractualisation et restent soumis à un statut de droit public ; la situation statutaire a été confirmée également pour les maîtres de conférences et les professeurs des universités, avec une exception qui devait être « provisoire » dans l'intention du législateur de 1993 mais qui reste inchangée depuis vingt ans³. En revanche, les réformes successives de 1997-1998 ont élargi la contractualisation aux hauts fonctionnaires qui en avaient été exclus à l'origine⁴.

La réforme considère l'administration comme un « employeur » qui a les mêmes exigences de gestion de ses personnels qu'une entreprise privée, requérant des instruments qui se veulent flexibles et individualisés, c'est-à-dire capables de s'adapter à la situation particulière dans laquelle chaque établissement public opère, comme le soulignent les théories dites du « New Public Management⁵ ».

Face à cette administration-employeur, l'on trouve des fonctionnaires-employés auxquels la loi reconnaît les mêmes droits et devoirs qu'aux salariés du secteur privé, sauf lorsque le « Code » de la fonction publique y déroge. Ce « Code » a maintenu en réalité de nombreuses exceptions ; elles concernent tout d'abord le recrutement, qui se fait toujours et obligatoirement par concours⁶, mais aussi le déroulement de la carrière et, bien sûr, sa cessation⁷. Ces dérogations trouvent leur fondement direct dans le « statut » du fonctionnaire tel qu'il est défini par la Constitution de la République italienne, entrée en vigueur en 1948 ; mais en réalité, les origines de ce statut sont bien plus lointaines.

L'approbation d'un statut pour définir « les conditions et les modalités d'attribution, d'avancement et de perte des emplois publics » est conçue, depuis le XIX^e siècle, comme une garantie essentielle de la liberté des individus dans un État démocratique. C'est le parlementaire et juriste Silvio Spaventa qui soutient ainsi – entre autres⁸ –

3. D.lgs. n° 165 de 2001, préc., art. 3. V., A. Pioggia, « La Corte costituzionale e il modello italiano di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche », in G. della Cananea et M. Dugato (dir.), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Naples, 2006, p. 260-261 ; G. Gardini, « Così diversi ma così uguali : la contrattualizzazione come strumento per la differenziazione dei docenti universitari », *Lavoro e diritto* 2011, p. 173.

4. L. 15 marzo 1997, n° 59, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, art. 11 et d.lgs. 31 marzo 1998, n° 80, *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa*.

5. M. Barzelay, *The New Public Management, Improving Research and Policy Dialogue*, California, 2001 ; C. Pollitt, S. Van Thiel et V. Homburg, *The New Public Management in Europe, Adaptation and Alternatives*, Palgrave, 2007.

6. D.lgs. n° 165 de 2001, préc., art. 35.

7. D.lgs. n° 165 de 2001, préc., art. 51 s.

8. À propos du débat sur l'institution de la justice administrative, v. S. Sambataro, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milan, 1977 ; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale : la formazione della nozione di interesse legittimo*, Milan, 1985.

l'institution de ce statut dans un discours de 1880, resté célèbre surtout parce qu'il y a également soutenu la nécessité d'un autre instrument important pour la liberté : l'institution de la justice administrative⁹.

- Le rapprochement de la justice administrative et du statut des fonctionnaires dans un seul discours en faveur de la liberté et du « bien-être » du peuple italien n'est pas le fruit du hasard puisque ces deux institutions se fondent sur la même caractéristique fondamentale, qui identifie le service public : le fait que le service public est subordonné à l'« intérêt général » et que, dans ce cadre, il doit considérer d'abord l'intérêt des bénéficiaires de l'action publique.

Le discours de Silvio Spaventa peut être considéré comme une réponse à un autre discours célèbre dans la rhétorique du droit administratif italien, celui qui fut prononcé au lendemain de l'unification de l'Italie par Pasquale Stanislao Mancini à l'occasion de l'approbation de la loi dite « d'abolition du contentieux administratif » dont il était rapporteur et qui constitue, aujourd'hui encore, l'un des piliers du système italien de justice administrative¹⁰.

La loi d'abolition du contentieux s'inspire du modèle de justice dit « moniste », qui provient de Belgique¹¹. Elle marque l'accomplissement de l'État de droit qui exige que l'administration, comme n'importe quel autre acteur de la société, soit assujettie à la loi et soit par conséquent soumise à un seul juge, dont la juridiction s'étend à toutes sortes de contentieux sur les droits individuels, quelles que soient les parties impliquées, qu'il s'agisse de particuliers ou d'organisations publiques¹².

Une seule juridiction, donc : celle du juge judiciaire, qui se caractérise par les qualités de neutralité et d'indépendance qui en font un pouvoir « séparé » de l'exécutif et du législatif et qui est compétente chaque fois qu'un « droit civil ou politique » est en jeu, même si l'administration publique est impliquée et « quand bien même des décisions du pouvoir exécutif ou de l'autorité administrative seraient concernées » (L. 20 marzo 1865, n° 2248, annexe E, art. 2). En ce cas, pour préserver le principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne peut ni annuler ni modifier l'acte administratif concerné ; il doit uniquement se limiter à « en connaître

9. V., S. Spaventa, « Per la Giustizia nell'Amministrazione discorso tenuto il 7 maggio 1880 nella sede dell'Associazione costituzionale di Bergamo », *www.giustizia-amministrativa.it* ; M. Nigro, « Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico », *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1970, p. 719 ; L. Marotta, « Silvio Spaventa ed il problema della giustizia nell'amministrazione », *ibid.*, 1978, p. 570 ; G. M. Chiodi, *La giustizia amministrativa nel pensiero politico di Silvio Spaventa*, Bari, 1969, p. 31.

10. L. 20 marzo 1865, n° 2248, annexe E, *Legge sul contenzioso amministrativo*.

11. V., M. Pâques et L. Donnay, « Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge », in *La justice administrative dans les pays du Maghreb, la réception du modèle européen*, Toulouse, PUSS, 2008 ; G. Marcou, « Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale », *RFDA* 2006. 84.

12. La réalisation d'une juridiction unique implique l'élimination des tribunaux spéciaux qui étaient jusqu'alors chargés de juger les différends dans lesquels l'administration était partie, d'où « l'abolition du contentieux administratif ».

les effets par rapport à l'objet du jugement », et il peut, le cas échéant, utiliser son pouvoir « d'inapplication » (L. n° 2248 de 1865, préc., annexe E, art. 4¹³).

La compétence du juge judiciaire est subordonnée à la contestation de la violation, par l'administration, du droit subjectif d'un particulier ; les situations dans lesquelles il n'est pas possible de reconnaître l'existence d'un tel droit – quel qu'ait été l'agissement de l'administration – sont toutefois dépourvues de toute protection, comme l'a efficacement résumé Mancini : « Quand bien même l'autorité administrative aurait failli à sa mission, quand bien même elle n'aurait pas agi de manière opportune, ni avec sagesse... quand bien même elle aurait, et ce sans motifs, refusé à un citoyen une autorisation, un avantage ou une faveur que des principes de prudence et de bonne économie auraient conseillé de lui accorder... et que de ce fait, les intérêts de ce citoyen auraient été gravement lésés : eh bien ? De quoi a donc souffert ce citoyen ? On a simplement lésé ses intérêts ? Qu'il s'y résigne donc¹⁴ ! »

La seule sanction en cas de tels agissements est la sanction politique, que les citoyens peuvent appliquer au moment des élections en choisissant un autre parti que celui qui est au pouvoir. Mais hors de cette période, lorsqu'un citoyen est victime des agissements d'une mauvaise administration, il ne peut que « se résigner » comme Mancini le conseillait.

Cette impuissance des citoyens face à l'administration devient de plus en plus insupportable¹⁵ et fait apparaître les limites d'un régime de type parlementaire : si l'on veut éviter que l'intérêt du parti au gouvernement ne « prédomine injustement sur les intérêts des autres citoyens », il est indispensable non seulement de pourvoir à une meilleure réglementation de l'activité publique – en permettant au principe de légalité de déployer toute sa force – mais également d'établir un système juridictionnel de protection des « intérêts » des usagers et de réglementer le statut des fonctionnaires par une loi spéciale¹⁶.

Le besoin d'accorder une protection plus efficace aux intérêts des usagers – associé à la nécessité du pouvoir central de mieux contrôler ses organes périphériques, ainsi que les collectivités locales – débouchera en 1889 sur l'institution de la IV^e section du Conseil d'État, dont Silvio Spaventa sera le premier président. Cette réforme permet de sanctionner les actions illégitimes de l'administration autrement que par le biais des élections ; mais ce n'est qu'avec la réforme du sta-

13. V., R. Cavallo Perin, « Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa », in L. Violante (dir.), *Storia d'Italia, Annali* n° 14, « Legge diritto giustizia », Turin, 1998, p. 255-296.

14. V., A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto Italiano*, Turin, 1904, p. 350 : « Sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, ... sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli... sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi : che perciò ?... che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse ? Semplicemente una lesione degli interessi ? Ebbene, che vi si rassegni. »

15. E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino*, Milan, 2^e éd., p. 10. Récentment : F. Tuccari, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Naples, 2004, p. 82.

16. S. Spaventa, « Per la Giustizia nell'Amministrazione », *op. cit.*

tut des fonctionnaires – qui sera approuvée quelque vingt ans plus tard¹⁷ – que la séparation entre politique et services publics est accomplie.

Le système actuel de justice administrative tout comme le statut des fonctionnaires représentent une garantie pour les citoyens face à l'administration. Cette exigence de garantir les citoyens envers l'administration n'est pas sans conséquences sur la relation qui lie le fonctionnaire à son administration d'appartenance puisque ce n'est pas l'administration seule, en qualité de personne morale de droit public, qui répond aux usagers de ses agissements. Le fonctionnaire devient également responsable de ses propres actions non seulement envers son employeur, mais aussi envers les usagers, et ceci directement. Il s'agit ici d'une relation qui est propre à la fonction publique et dont on trouve toutes les composantes dans la Constitution.

II. LE STATUT DE FONCTIONNAIRE DANS LA CONSTITUTION RÉPUBLICAINE

La Constitution italienne fixe le principe selon lequel le fonctionnaire est « au service exclusif de la Nation » (Const., art. 98, al. 1^{er}¹⁸). On peut trouver un précédent de ce principe dans la Constitution de Weimar de 1919, qui affirmait de manière encore plus explicite que « les employés sont au service de la collectivité et non pas d'un parti » (Art. 130¹⁹).

Le principe du « service de la Nation » fonde tout d'abord le régime d'exclusivité et d'incompatibilités prévu pour les fonctionnaires publics, qui ne peuvent pas exercer d'autres activités, sauf dans les cas spécifiques énumérés par la loi²⁰.

17. Le premier statut date de 1908 : L. 25 giugno 1908, n° 290, *sullo stato giuridico degli impiegati civili* ; r.d. 22 nov. 1908, n° 693, *che approva il testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati*.

18. La volonté de soustraire l'administration aux influences politiques illégitimes se retrouve aussi là où la Constitution établit l'interdiction pour les fonctionnaires qui sont en même temps membres du Parlement « d'obtenir des promotions sauf pour ancienneté » (Const., art. 98, al. 2), et prévoit la possibilité d'établir par une loi « des limitations au droit de s'inscrire à un parti politique pour les magistrats, les militaires de carrière en service actif, les fonctionnaires et agents de police, les représentants diplomatiques et consulaires à l'étranger » (Const., art. 98, al. 3).

19. V., A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milan, 1991, p. 58 ; C. Pinelli, « Il 1° comma dell'art. 98, Il vincolo dei funzionari al "servizio esclusivo della Nazione" », in *La Pubblica Amministrazione*, Art. 97-98, *Commentario della Costituzione*, fondé par G. Branca et continué par A. Pizzorusso, Bologne-Rome, 1994, p. 413.

20. D.lgs. n° 165 de 2001, art. 53 et récemment d.lgs. 8 aprile 2013, n° 39, *Disposizioni in materia di incompatibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 nov. 2012, n° 190*. Sur la constitutionnalité des lois d'incompatibilité : Corte cost., 11 giugno 2001, n° 189 ; Corte cost., 19 dicembre 1986, n° 284. V., F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006, p. 151 ; M. Longo, « Incompatibilità del funzionario pubblico, principio di gerarchia e obblighi di collaborazione », in F. Merloni et R. Cavallo Perin (dir.), *Al servizio della Nazione*, Milan, 2009, p. 206 ; B. Ponti, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, 2012.

Mais la référence à la « Nation » rappelle aussi que l'accès au statut de fonctionnaire constitue un droit politique, accès que la Constitution elle-même garantit à tout citoyen des deux sexes « en situation d'égalité, selon les conditions requises par la loi » (Art. 51), selon un principe hérité de la tradition inaugurée par l'article 6 de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (« Tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents²¹ »).

L'égalité face au recrutement est garantie par la Constitution italienne à travers le concours, en tant que système général de recrutement dans les emplois publics (Const., art. 97, al. 3). Conformément à la tradition juridique européenne, le principe du concours met les fonctionnaires à l'abri du risque d'arbitraire politique²². Le concours constitue ainsi un instrument pour l'application du principe du service exclusif de la Nation comme pour celle du principe de l'impartialité des « offices publics » (Const., art. 97, al. 1^{er}²³). De fait, le caractère méritocratique et « public » du concours garantit l'impartialité de l'administration publique dès le recrutement de son personnel. Comme l'a maintes fois rappelé la jurisprudence constitutionnelle²⁴, le terme « public » doit s'entendre au sens où tous ceux qui possèdent les qualités requises par la loi peuvent y participer ; de plus, ces qualités doivent être fixées pour répondre – encore une fois – à l'intérêt général et aux principes supérieurs de l'action administrative « d'impartialité et de bonne gestion²⁵ »

21. Le principe français d'égal accès aux fonctions publiques a été importé en Italie grâce aux écrits de Gian Domenico Romagnosi, Vincenzo Russo, Luigi Martini et Melchiorre Gioia : E. Gustapane, « L'introduzione nell'ordinamento amministrativo italiano del principio del merito per l'accesso agli impieghi pubblici : il caso del Ministero dell'interno », *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 1987, p. 450-451.

22. Sur le principe d'égal accès aux emplois comme élément commun aux cultures juridiques européennes : S. Cassese, *L'ideale di una buona amministrazione*, Naples, 2007, p. 18 ; *Id.*, « Teoria e pratica dell'uguaglianza », *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, p. 1156 ; S. Cassese, J. Pellew, « The introduction of merit system in various bureaucracies : a comparative account », in S. Cassese et J. Pellew (dir.), *Le système du mérite – The merit system*, Bruxelles, 1987, p. 15.

23. Sur le principe d'impartialité de l'administration publique, les écrits sont très nombreux. Voir, parmi d'autres : U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padoue, 1965, p. 20, p. 291 ; *Id.*, « Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione », in *Digesto discipline pubblicistiche*, vol. VIII, Turin, 1993, p. 134 ; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milan, 1966, p. 70 ; A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padoue, 1973, p. 98, p. 150 et p. 187 ; L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padoue, 1974, p. 73.

24. Pour se limiter aux arrêts les plus récents, v. : Corte cost., 16 luglio 2013, n° 227 ; Corte cost., 1° luglio 2013, n. 167 ; Corte cost., 13 giugno 2013, n° 137 ; Corte cost., 22 maggio 2013, n° 105 ; Corte cost., 23 aprile 2013, n. 72 ; Corte cost., 12 aprile 2012, n° 90 ; Corte cost., 5 marzo 2012, n° 51 ; Corte cost., 23 febbraio 2012, n° 30.

25. Le principe de « bonne gestion » (*buon andamento*) ne coïncide pas toujours avec le principe (et droit) européen de « bonne administration » (Charte UE, art. 41). V. récemment : S. Cassese, « Il diritto alla buona amministrazione », in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Naples, 2011, p. 109 ; I. Rabinovici, « The Right to Be Heard in the Charter of Fundamental Rights of the European Union », *European Public Law* 2012, 18, n° 1, p. 149 ; A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Padoue, 2009, p. 163 ; M. Trimarchi, « L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia », *Diritto amministrativo* 2011, p. 537 ; J. P. Jacqué « Le droit à une bonne administration dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFAP* 2011, n° 137-138, p. 79.

(« *imparzialità e buon andamento* », Const., art. 97, al. 1^{er}). Ainsi, il est illicite de requérir des qualités qui ne soient pas proportionnées au poste à pourvoir, ou qui soient directement ou indirectement discriminatoires.

Par ailleurs, le fait que des exceptions au concours puissent être établies « dans les cas prévus par loi » (Const., art. 97, al. 3²⁶) n'est pas en contradiction avec ces principes puisque même les exceptions doivent répondre aux règles d'impartialité et de bonne gestion, et doivent trouver leur justification dans des raisons qui sont encore une fois exclusivement et nécessairement « d'intérêt général²⁷ ». De plus, l'intérêt général ne peut pas coïncider avec les « exigences pratiques de l'administration publique qui sont liées à la gestion de ses personnels²⁸ » : il est nécessairement différent de l'intérêt de l'administration en qualité d'employeur.

Le fait d'ouvrir la plupart des emplois publics des administrations nationales aux citoyens européens ne démentit pas la qualité politique du droit à cet accès, puisqu'il trouve son fondement dans la citoyenneté européenne (TFUE, art. 21²⁹) et dans son principe constitutif de liberté de circulation des citoyens européens (TFUE, art. 45), que l'on peut désormais considérer comme un droit de la personnalité de tout ressortissant européen³⁰.

Le service exclusif de la Nation renforce et complète, pour les fonctionnaires, le devoir « d'être fidèles à la République et d'observer sa Constitution et ses lois » qui est prévu pour tous les citoyens (Const., art. 54, al. 1^{er}) : les fonctionnaires doivent l'accomplir avec « discipline et honneur, en prêtant serment dans les cas

26. Sur les exceptions au principe du concours dans les pays européens : B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, Naples, 2012, p. 186 ; R. Cavallo Perin et B. Gagliardi, « Le recrutement dans les administrations publiques et le principe du concours dans le système juridique italien », RFAP 2012. 447-449 ; R. Cavallo Perin et B. Gagliardi, « La liberté de circulation des travailleurs dans l'Union Européenne : les modèles italien et français de recrutement dans la fonction publique », in M. Touzeil-Divina et M. Sweeney (dir.), *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?*, Le Mans, 2012, p. 169.

27. Les raisons d'intérêt général qui peuvent justifier la dérogation au principe du concours doivent être « particulières et extraordinaires » : Corte cost., 7 febbraio 2011, n° 42 ; Corte cost., 4 giugno 2010, n° 195.

28. Corte cost., 18 febbraio 2011, n° 52.

29. Sur le rapport entre citoyenneté nationale, citoyenneté européenne et fonction publique, v. les ouvrages énumérés par B. Gagliardi, « Dipendenti pubblici, libera circolazione e cittadinanza in Europa – bibliografia ragionata », <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=it&pag=doc&id=22>. Sur l'accès des étrangers à la fonction publique, v. récemment : M. Gnes, « Oltre la cittadinanza nazionale ? L'accesso alla funzione pubblica dei cittadini stranieri », *Gli Stranieri* 2012, p. 7.

30. CJUE, gr. sect., 23 févr. 2010, *Teixera c/ London Borough of Lambeth*, aff. C-480/08 ; CJCE 7 sept. 2004, *Trojani c/ Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, aff. C-456/02. V. aussi : A. Iliopoulou, *Libre circulation et non-discrimination : éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, 2007 ; B. Gagliardi, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso*, op. cit., p. 244.

prévus par la loi³¹ » (Const., art. 54, al. 2), selon un principe qui établit un devoir général de « rectitude » envers les destinataires de l'action publique³².

Plus spécifiquement, le rappel à la « discipline » veut signifier que les fonctionnaires doivent exercer leurs tâches en observant les règles de « légalité, fidélité, diligence, honnêteté, obéissance³³ » ou, comme on l'affirmait à l'époque des premiers statuts, avec « exactitude, patience, discipline et probité³⁴ ». La Constitution fonde ainsi le pouvoir disciplinaire des administrations publiques qui n'est donc pas négociable, tout au moins en ce qui concerne la définition des obligations dont la violation entraîne la responsabilité disciplinaire des fonctionnaires.

Par ailleurs, « l'honneur » impose de sauvegarder « la dignité » de l'administration, en fixant un devoir « d'autocontrôle » des fonctionnaires³⁵, qui sont chargés ainsi d'assurer la « crédibilité et la confiance dont l'administration doit jouir auprès des citoyens³⁶ » même dans les comportements qu'ils affichent dans leur vie privée³⁷.

Le devoir du « service exclusif de la Nation » (Const., art. 98, al. 1^{er}), conjointement à celui « de discipline et d'honneur » (Const., art. 54, al. 2), marque au niveau constitutionnel le caractère « public » des obligations assumées par les fonctionnaires. Ceci implique que les destinataires des prestations qui font l'objet de ces obligations, définies aujourd'hui par les conventions collectives, sont tout d'abord les citoyens.

Il importe de rappeler à ce propos que le mot « Nation » apparaît dans un autre article de la Constitution, consacré cette fois aux membres du Parlement. Il

31. Le serment autrefois demandé aux fonctionnaires a été aujourd'hui presque intégralement abrogé : G. Ferrari, « Giuramento, I) Diritto pubblico », in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Rome, 1989, p. 17 ; G. Lombardi, « Giuramento (diritto pubblico) », in *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Turin 1975, p. 965 ; L. Ventura, « Giuramento nel diritto costituzionale », in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turin 1991, vol. VII, p. 305. Récemment : B. G. Mattarella, « Doveri di comportamento », in F. Merloni et L. Vandelli (dir.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Florence, 2010, p. 243-244.

32. Corte cost., 19 ottobre 1982, n° 164. V., R. Cavallo Perin, « L'etica pubblica come contenuto di un diritto fondamentale degli amministrati alla correttezza dei funzionari », in F. Merloni et R. Cavallo Perin (dir.), *Al servizio della Nazione*, préc., p. 152 ; G. M. Racca, « Disciplina e onore nell'attuazione costituzionale dei codici di comportamento », *ibid.*, p. 250 ; L. Ventura, « Art. 54 », in *Commentario della Costituzione*, fondé par G. Branca et continué par A. Pizzorusso, Bologne-Rome, 1994, p. 84 ; G. Zagrebelsky, « Sessant'anni di Costituzione », introduction à *La Costituzione Italiana*, Rome, 2008, p. 12 ; G. Sirianni, « Le qualità dei governanti nella Costituzione », *Diritto pubblico* 2012, p. 169. Sur le devoir d'être corrects comme principe institutionnel du système juridique : G. M. Racca, « Correttezza (diritto amministrativo) », in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milan, 2006, vol. IP, p. 1529.

33. A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Naples, 1982, p. 268.

34. M. Petrozziello, « Il rapporto di pubblico impiego », in V.E. Orlando (dir.), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, 1935, XVI.

35. R. Cavallo Perin, « L'etica pubblica come contenuto di un diritto fondamentale degli amministrati alla correttezza dei funzionari », *op. cit.* p. 154.

36. Corte cost., 4 maggio 2005, n° 172.

37. D. Casalini, « La rilevanza dei comportamenti "fuori servizio" dei dipendenti pubblici », in *Al servizio della Nazione*, *op. cit.*, p. 225 s. ; B. G. Mattarella, *Le regole dell'onestà*, Bologne, 2007, p. 159 s.

s'agit de l'article 67, qui établit que les parlementaires représentent la Nation et exercent leurs fonctions « sans être liés par un mandat » (« interdiction du mandat impératif »). Bien évidemment, personne n'a jamais soutenu que ces deux principes (Const., art. 67 et 98) impliquent un rapport de subordination des fonctionnaires aux parlementaires. Ils expriment plutôt l'assujettissement de la fonction publique à la loi, expression de la souveraineté du peuple, fondement de la République italienne (Const., art. 1^{er}³⁸).

Ainsi, tous ceux qui exercent des pouvoirs publics le font au nom du « peuple » puisque c'est du « peuple » qu'ils tirent leur légitimation, qu'il s'agisse des parlementaires, des fonctionnaires ou encore des magistrats qui « administrent la justice au nom du peuple » (Const., art. 101).

Tout ceci suppose que les diverses forces politiques et sociales ainsi que les citoyens peuvent concourir à définir la « politique nationale » (Const., art. 49), mais qu'ils ne peuvent pas en influencer l'exécution, celle-ci étant confiée à l'administration selon les impératifs précités d'impartialité et de bonne gestion. La première obligation qui en dérive consiste à prendre en considération de manière adéquate tous les intérêts qu'implique l'exercice des pouvoirs publics, qu'ils soient privés ou publics (impartialité³⁹).

Dans l'exécution de la politique nationale, les serviteurs de la Nation sont astreints au respect des lois civiles, pénales et administratives du fait qu'ils sont responsables envers *tous les usagers* des violations qu'ils pourraient commettre, qu'il s'agisse de citoyens italiens ou de ressortissants d'un pays étranger. La Constitution établit en fait que les fonctionnaires « et les agents de l'État et des établissements publics sont directement responsables, selon les lois pénales, civiles et administratives, des actes accomplis en violation des droits subjectifs » et que, afin de mieux garantir une responsabilité civile effective, celle-ci « est élargie à l'État et aux établissements publics » (Const., art. 28⁴⁰). La disposition sur la responsabilité directe des fonctionnaires et agents publics en cas de violation des droits d'autrui complète ainsi celle sur le service de la Nation, créant pour les serviteurs de l'État une obligation de se soumettre aux juridictions compétentes chaque fois que leurs agissements violent un droit. À cette obligation des agents publics, correspond un droit subjectif des usagers qui a pour objet l'agissement « correct » des agents, c'est-à-dire que leurs actions doivent être effectuées avec « discipline et honneur », au service exclusif de la Nation et conformément aux principes d'impartialité et de bonne gestion.

38. Récemment, v. L. Principato, « Il divieto di mandato imperativo da prerogativa regia a garanzia della sovranità assembleare », *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (AIC)* 2012, n° 4, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

39. R. Cavallo Perin, « Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici : un diritto costituzionale dei cittadini », *Foro amministrativo - CDS* 2002, p. 1998.

40. F. Merusi et M. Clarich, « Art. 28 », in *Commentario della Costituzione*, fondé par G. Branca et continué par A. Pizzorusso, Bologne-Rome, 1991, p. 356 ; G. M. Racca, « Commento all'art. 28 della Costituzione », in G. Neppi Modona (dir.), *Stato della Costituzione*, Milan, 1998, p. 139.

Si les usagers ont le droit de prétendre au respect des lois « administratives », comme des lois civiles et pénales, il est donc logique de considérer qu'ils peuvent non seulement agir devant les juridictions administratives en cas de violation des règles sur l'action de l'administration, mais aussi solliciter le déclenchement d'une procédure disciplinaire. De fait, et contrairement à ce qui a lieu dans les entreprises privées, dans les organisations publiques le droit disciplinaire ne sanctionne pas seulement la violation d'une obligation envers l'administration-employeur, mais aussi celle d'une obligation assumée envers tous les usagers, conformément aux dispositions constitutionnelles sur le statut du fonctionnaire qui consacrent l'assujettissement de ceux-ci à l'intérêt général⁴¹.

III. LE STATUT CONSTITUTIONNEL DU FONCTIONNAIRE : LE CONTRAT ET L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

La réforme de 1992-1993 avait, parmi ses différents objectifs, celui de rendre les services publics plus performants en introduisant des instruments de gestion des personnels flexibles et individualisés, instruments qui devaient correspondre à la transformation des hauts fonctionnaires en véritables « managers » publics, dotés des « capacités et des pouvoirs d'un employeur privé » (d.lgs. 165 de 2001, préc., art. 5, al. 2°) et auxquels des traitements de plus en plus favorables seraient attribués⁴².

Hélas, les résultats atteints par ces changements, qui ont été principalement de forme, n'ont pas été ceux qui étaient attendus, aussi bien en ce qui concerne le choix en faveur du contrat au détriment du statut, qu'en ce qui concerne l'institution d'une Agence chargée de la négociation au nom de l'administration publique. L'individualisation des relations professionnelles n'a pas été réalisée, et la réglementation de droit public qui était fixée auparavant par le millier de « lois et de petites lois » sur les droits et les obligations de chaque corps, certes désordonnée et chaotique, a tout simplement été remplacée par la négociation collective au niveau national et au niveau décentralisé, s'appliquant dès lors à tous les agents publics de manière homogène et standardisée.

41. R. Cavallo Perin, « L'etica pubblica come contenuto di un diritto fondamentale degli amministratori alla correttezza dei funzionari », in *Al servizio della Nazione*, op. cit., p. 149 ; R. Cavallo Perin et B. Gagliardi, « Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministratori », *Diritto amministrativo* 2009, p. 53.

42. La réforme a déclenché une hausse des rétributions sans précédent chez les fonctionnaires appartenant aux hiérarchies les plus élevées : elles ont atteint un niveau qui était supérieur en moyenne à celui du secteur privé, selon une tendance qui ne s'est inversée que dans les dernières années, notamment après 2010, à cause du blocage des augmentations et des réductions des traitements (pour les hauts fonctionnaires) à la suite de la crise économique. V., Aran, *Rapporto semestrale sulle retribuzioni*, juin 2012, www.aranagenzia.it

De plus, la performance des services publics ne s'est sûrement pas améliorée et le processus de négociation a démontré la faiblesse des administrations face aux organisations syndicales⁴³, tant il est vrai, comme on a pu l'observer, que le « régulateur public » a été remplacé par un « régulateur privé⁴⁴ ».

Il n'importe pas ici de comprendre s'il faut ou non imputer cet échec au poids insuffisant de l'Agence nationale chargée de la négociation, qui en effet s'est retrouvée maintes fois dépourvue d'une capacité réelle de négocier les renouvellements contractuels puisqu'on lui demandait uniquement de « ratifier » des accords conclus directement par le gouvernement dans des réunions « informelles » avec les syndicats⁴⁵. La cause pourrait être encore imputable à une faiblesse en partie « consubstantielle » de l'administration publique, puisque, contrairement aux entrepreneurs privés, l'administration ne représente pas uniquement sa propre position d'employeur dans le cadre de la négociation : elle représente aussi l'intérêt d'un sujet qui est exclu de la négociation elle-même, c'est-à-dire celui des usagers.

Les organisations syndicales se sont confrontées à l'administration avec la même force qu'elles déploient dans la négociation privée, force qui se heurte au risque de faillite de l'entreprise, tandis que, dans le cadre des services publics, leur action aboutit à l'augmentation incontrôlée de la dette publique.

Ces risques sont destinés d'ailleurs à devenir de plus en plus limités dans la fonction publique du fait que l'État est désormais obligé d'assurer « l'équilibre entre les ressources et les dépenses de son budget, et qu'il doit considérer également les phases critiques et les phases favorables du cycle économique » (Const., art. 81, al. 1^{er}), selon le principe dit de la « parité du bilan ». Ce principe a été introduit dans la Constitution à la suite notamment des pressions exercées par les pays membres de l'Union européenne en raison de leurs préoccupations concernant la

43. La réforme avait d'ailleurs été fortement soutenue par les principales organisations syndicales qui n'étaient pas jusqu'alors très présentes dans la fonction publique. Les syndicats dits « autonomes » y étaient les plus influents, alors que ceux dits « confédéraux » (CGIL, CISL et UIL) étaient en crise dans le secteur privé depuis les années 1980. Une sorte d'« échange » mutuel s'était en quelque sorte établie entre la politique et les syndicats : face aux nécessités d'assainissement de l'administration publique, le législateur a confié un rôle de premier plan aux syndicats en leur demandant de faciliter la rationalisation des traitements économiques et normatifs, et aussi d'apaiser le conflit social en disciplinant les grèves dans les services publics à l'aide de codes d'autoréglementation. V., M. Rusciano, « Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro », *Diritto pubblico* 2008, p. 70.

44. Les organisations syndicales ont ainsi été considérées comme un « nouveau régulateur unilatéral », capable de remplacer le jeu d'échange politique électoral qui, dans le passé, avait déterminé la multiplication des statuts et des corps de la fonction publique : S. Battini, « Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni : da una regolamentazione unilaterale all'altra », *Rivista trimestrale diritto pubblico* 2008, p. 633.

45. P. Matteini, « Lo stato delle relazioni sindacali nel settore pubblico », in M. Carrieri et T. Treu (dir.), *Verso nuove relazioni industriali*, Bologne, 2013, p. 347.

stabilité économique et financière de l'Italie⁴⁶. Comme on le sait, ces situations ont déterminé l'adoption de nouvelles réglementations au niveau de l'Union, ainsi que la signature d'accords spéciaux de type intergouvernemental⁴⁷.

De plus, les réactions à ce poids accru des organisations syndicales dans la définition des droits et obligations des fonctionnaires n'ont pas tardé à se manifester aussi aux autres niveaux institutionnels. Ainsi, la Cour constitutionnelle, avec ses dizaines d'arrêts sur le principe de publicité du concours⁴⁸, a posé un frein aux procédures de progression de carrière par concours interne comme le réclamaient les syndicats. Ces procédures violaient en fait le principe de « publicité » du concours. Plus récemment, le législateur lui-même a affaibli le poids des organisations syndicales en élargissant le domaine du droit public, au détriment des contrats : ceci a concerné notamment les normes disciplinaires et l'évaluation de la performance des personnels, pour lesquelles il a affirmé explicitement que la loi prévaut sur les conventions collectives successives « sauf dans les cas où la loi elle-même établit explicitement le contraire⁴⁹ ». Ce faisant, le législateur semble avoir voulu resituer le contrat collectif dans le domaine qui aurait toujours dû être le sien : celui des rémunérations, et plus généralement de l'élément économique du rapport d'emploi ; tandis qu'il s'est réapproprié, au moins en partie, le statut des fonctionnaires.

46. Introduit par la l. const. 20 aprile 2012, n. 1. La prévision, toutefois, est applicable à partir de l'exercice financier qui concerne l'année 2014 (l. const. n 1 de 2012, préc., art. 6). V., A. Brancasi, « L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio : un esempio di revisione affrettata della Costituzione », *Quaderni costituzionali* 2012, p. 108 ; M. Passalacqua, « "Pareggio" di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione », *Amministrazione in cammino*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2012 ; R. Dickmann, « Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione », www.federalismi.it, 2012.

47. Il s'agit tout d'abord du « Six Pack » (Règl. UE n° 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011, sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, Règl. UE n° 1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011, établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, Règl. UE n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011, modifiant le règlement CE n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, Règl. UE n° 1176/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 nov. 2011, sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, Règl. UE n° 1177/2011 du Conseil du 8 nov. 2011, modifiant le règlement CE n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs ; Dir. UE n° 2011/85 du Conseil du 8 nov. 2011, sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres) mais aussi du *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance*, appelé « Pacte budgétaire » signé le 2 mars 2012 par 25 des 27 États membres de l'Union européenne.

48. Voir *supra* n° 24.

49. L. 4 marzo 2009, n° 15, *Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni...* et d.lgs. 27 ottobre 2009, n° 150, *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, dite « Réforme Brunetta », du nom du ministre de la Fonction publique.

Thèmes

Commentaires

LE STATUT GÉNÉRAL DES FONCTIONNAIRES : TRENTE ANS, ET APRÈS ?

Sous la direction de Charles Fortier

Contributeurs

Boris Barraud
Édouard Bédarrides
Jacques Bourdon
Roberto Cavallo Perin
Antoine Delblond
Jacques Fialaire
Annie Fitte-Duval
Nicolas Font
Charles Fortier
Barbara Gagliardi
David Jacotot
Didier Jean-Pierre
Geneviève Koubi
Emmanuelle Marc
Coralie Mayeur-Carpentier
Joël Mekhantar
Fabrice Melleray
Carole Moniolle
Sylvain Niquège
Marcel Pochard
Nicolas Sautereau
Yves Struillou
Antony Taillefait

Avec la participation de :

Francis Delpérée
Jean-Claude Fortier
Pascal Mahon
Elisenda Malaret Garcia
Gérald Simon
Xiaowei Sun

Au cours des dix dernières années, la fonction publique française a vu son statut général subir de nombreuses réformes, et parallèlement ses effectifs se réduire tandis que la contractualisation individuelle progressait en son sein. Ces évolutions, dont les origines sont plus lointaines, appelaient à l'occasion des trente ans du titre premier du statut général des fonctionnaires — son socle commun, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* — un approfondissement de la réflexion sur les mutations qui affectent non seulement les droits et les obligations des fonctionnaires, mais aussi leur relation au service public.

Organisé par le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté, le colloque de Besançon des 11 et 12 juillet 2013 a entendu revisiter le texte fondateur du droit de la fonction publique française, avec l'enrichissement de regards comparés, afin de dégager les perspectives solidaires des fonctionnaires et du service public. Cet ouvrage en publie les actes.

ISBN 978-2-247-13467-0
6244982



9 782247 134670

50 €

www.editions-DA|OZ.fr