

## Notes

Les références ci-après à des déclarations faites au cours de l'audition des témoins indiquent la séance et la page du compte rendu des auditions (version en langue allemande).

<sup>1</sup> Voir chap. 7, paragr. 397, et Metz, VIII/7-8; Ziegler, XIII/10-11; Claussen, X/3; Freundlieb, XI/1-2.

<sup>2</sup> Claussen, X/3.

<sup>3</sup> Freundlieb, XI/2.

<sup>4</sup> Ratz, VII/9.

<sup>5</sup> Ziegler, XIII/10.

<sup>6</sup> Frisch, IX/4-5.

<sup>7</sup> Frisch, IX/17.

<sup>8</sup> Voir chap. 6, paragr. 369.

<sup>9</sup> Ortmann, VII/23-24.

<sup>10</sup> Däubler, V/29, VI/4.

<sup>11</sup> Ortmann, VII/24-25.

<sup>12</sup> Bitterwolf, III/22-23, Däubler, V/29.

<sup>13</sup> Paech, I/25-26; Bitterwolf, III/22-23; Däubler, VI/4.

<sup>14</sup> Halberstadt, XIV/4.

<sup>15</sup> Metz, VIII/8.

## CHAPITRE 10

### CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

449. Conformément à l'article 28 de la Constitution de l'OIT, la commission est appelée à formuler ses conclusions sur tous les points de fait permettant de préciser la portée des questions dont elle est saisie, d'examiner si les faits ainsi établis concordent avec les obligations assumées par la République fédérale d'Allemagne aux termes de la convention no 111 et, dans la mesure où il apparaîtrait que le respect de la convention n'est pas suffisamment garanti, de formuler des recommandations sur les mesures à prendre pour remédier à ces insuffisances.

450. Il semble approprié en premier lieu de rappeler l'origine de la présente enquête et ses conséquences pour la nature et la portée de l'enquête et d'examiner également certaines questions de procédure qui ont été soulevées par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne.

#### Origine et portée de l'enquête

451. La présente enquête a son origine dans une réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale en vertu des dispositions de l'article 24 de la Constitution de l'OIT. Cette réclamation a été examinée par un comité tripartite du Conseil d'administration, conformément au règlement pertinent. Lors de l'examen du rapport soumis par ce comité, et à la lumière de commentaires formulés sur le rapport par le représentant du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, le Conseil d'administration, en vertu de l'article 10 de ce règlement, a décidé de renvoyer la question à une commission d'enquête, conformément à l'article 26, paragraphe 4, de la Constitution de l'OIT.

452. Plusieurs conséquences découlent aux fins de la procédure de la suite des événements susmentionnés. En premier lieu, le rapport du comité tripartite demeure un document qui avait été soumis au Conseil d'administration mais sur le fond duquel ledit Conseil n'a pas pris de décision. En second lieu, conformément aux dispositions des articles 3 (3) et 7 (3) du Règlement concernant les réclamations, la procédure relative à l'examen des réclamations est confidentielle; en particulier, le rapport de la commission tripartite reste un document confidentiel. Troisièmement, de l'avis de la commission, la tâche qui lui incombait aux termes de l'article 26 de la Constitution de l'OIT

n'était en aucune façon celle d'une juridiction d'appel chargée de revoir les travaux du comité tripartite du Conseil d'administration. La commission a dû procéder de novo à un examen approfondi des questions soulevées dans la réclamation en se servant de tous les moyens d'investigation qui sont à la disposition d'une commission d'enquête.

453. Le Conseil d'administration a renvoyé à la commission "la question" soulevée dans la réclamation de la FSM. Compte tenu des allégations présentées dans cette réclamation, le but et la portée de la présente enquête ont été de déterminer si, contrairement aux dispositions de la convention (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, il existe en République fédérale d'Allemagne des pratiques discriminatoires fondées sur l'opinion politique à l'égard des agents publics et des personnes qui cherchent un emploi dans le service public, et ce en vertu des dispositions relatives au devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral.

#### Rôle de la Fédération syndicale mondiale dans la procédure

454. La commission note que dans ses observations finales présentées en novembre 1986 le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne s'est référé à nouveau à l'objection qu'il avait soulevée, notamment au cours de la première séance de la deuxième session de la commission, contre le rôle que la FSM avait été autorisée à jouer dans la procédure. A cet égard, la commission se rapporte aux explications contenues dans la lettre adressée par son président au représentant du gouvernement le 28 février 1986 et à la décision de la commission sur cette question pendant la deuxième session<sup>1</sup>.

#### Indications concernant les cas individuels et objection du gouvernement selon laquelle les voies de recours disponibles au niveau national n'ont pas été épuisées

455. Ainsi qu'il est indiqué au chapitre 6, la commission a reçu des informations sur un nombre substantiel de cas individuels de personnes touchées par des mesures prises ou envisagées d'exclusion du service public, étayées, dans de nombreux cas, par une documentation détaillée, notamment des précisions sur des procédures judiciaires et le texte de jugements rendus par différentes instances judiciaires. Toutefois, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a souligné que, jusqu'ici, il n'y avait eu qu'une seule décision pertinente de la Cour constitutionnelle fédérale, la décision du 22 mai 1975, connue sous le nom de "décision sur les extrémistes" ("Radikalenbeschluss"). Ce jugement laissait ouvertes un certain nombre de questions dont peuvent dépendre les décisions dans des cas individuels. Le gouvernement a fait observer que les militants du

Parti communiste allemand (DKP) auxquels s'est référée la FSM s'étaient délibérément abstenus d'épuiser les recours internes, notamment en évitant de saisir la Cour constitutionnelle fédérale. Le fait que l'on avait préféré en pareils cas ne pas saisir la Cour constitutionnelle fédérale a été confirmé par plusieurs témoins qui ont comparu devant la commission<sup>2</sup>. Le gouvernement a en outre cité les déclarations d'un membre du comité exécutif du DKP, publiées en janvier 1986, selon lesquelles l'objectif du parti était d'obtenir la suppression des interdictions professionnelles existant dans le service public par des moyens politiques et non par la saisine de la Cour constitutionnelle fédérale. Selon le gouvernement, dans ces conditions, la commission n'avait pas à prendre en considération les cas des personnes en question; à son avis, le fait d'invoquer les procédures internationales de contrôle directement, de manière délibérée à des fins politiques, sans avoir recours aux instances judiciaires nationales les plus élevées, constituait une utilisation abusive de ces procédures.

456. Au cours de l'enquête, la commission a noté que divers aspects de l'application des dispositions légales pertinentes de la République fédérale d'Allemagne (y compris la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 22 mai 1975) restent ouverts à des interprétations divergentes et ont donné naissance, dans la pratique, à des approches et des décisions divergentes de la part des autorités publiques et des tribunaux. Dans ces conditions, un examen plus approfondi de toute la question par la Cour constitutionnelle fédérale aurait pu fournir une occasion utile de clarifier la législation du point de vue des droits et des principes consacrés par la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne. La commission note cependant qu'à quatre reprises au cours des dernières années, saisie de requêtes en vue de la soumission de plaintes constitutionnelles motivées par des exclusions du service public pour des considérations de caractère politique (dans trois cas par des fonctionnaires à l'essai, et dans un cas par un fonctionnaire à vie qui avait été révoqué)<sup>3</sup>, la Cour a refusé de considérer ces plaintes au motif que leurs chances de succès étaient insuffisantes. La Cour a fait observer que, l'examen du bien-fondé des cas individuels relevant des tribunaux compétents, la Cour constitutionnelle fédérale ne pouvait intervenir que s'il y avait violation du droit constitutionnel. Elle a considéré que les circonstances des cas faisant l'objet des requêtes ne révélaient pas une violation des dispositions de la loi fondamentale. Dans ces conditions, il n'est pas évident que le recours à la Cour constitutionnelle fédérale en la matière constitue une voie à laquelle les personnes qui s'estiment lésées peuvent encore avoir recours dans la pratique.

457. La commission observe par ailleurs que, contrairement à d'autres procédures internationales - telles que celles qui sont prévues dans le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou dans les conventions européennes et américaines des droits de l'homme -, les procédures de réclamations et de plaintes prévues par la Constitution de l'OIT ne posent aucune condition préalable d'épuisement des voies de recours internes. La

principale explication de cette situation réside dans le fait que ces procédures de l'OIT peuvent être entamées par des organismes qui n'ont pas besoin d'avoir un intérêt direct dans les questions en cause, à savoir dans le cas de réclamations par toute organisation d'employeurs et de travailleurs (nationale ou internationale), dans le cas de plaintes par un autre Etat ayant ratifié l'instrument, par un délégué à la Conférence internationale du Travail ou par le Conseil d'administration d'office. Les droits accordés par les articles 24 et 26 de la Constitution de l'OIT de susciter l'examen d'allégations concernant le non-respect de conventions ratifiées ne sont pas fondés sur la notion traditionnelle d'action engagée par un Etat particulier en vue de protéger les intérêts de ses ressortissants, mais offrent la possibilité d'obtenir un tel examen au titre de l'intérêt public général<sup>4</sup>.

458. Il existe une autre raison pour laquelle une condition préalable d'épuisement des recours internes ne devrait pas s'appliquer à ces procédures de l'OIT. Les articles 24 et 26 de la Constitution de l'OIT prévoient l'examen d'allégations selon lesquelles un Etat n'assurerait pas d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle il est partie. Ces procédures ne sont pas destinées à rendre un jugement ou à procéder à la révision de décisions internes portant sur des cas individuels. Elles visent à examiner si des situations données sont compatibles avec les dispositions de conventions ratifiées par le pays en question. Dans un tel examen, les cas individuels ne sont que des éléments de preuve. Il est évident qu'une commission d'enquête doit toujours considérer quel poids il convient d'attribuer à des éléments de preuve particuliers. Des décisions judiciaires isolées ou contradictoires peuvent ne pas avoir d'importance. La situation est très différente lorsqu'une commission est informée de toute une série de décisions dont un certain nombre ont été rendues par des instances supérieures (telles que le Tribunal administratif fédéral dans la présente enquête) et qui sont, du moins à ce niveau, de caractère généralement concordant. Dans ces conditions, la commission est en mesure de formuler des conclusions concernant, tout d'abord, l'effet précis des textes législatifs pertinents et, en second lieu, la pratique administrative suivie dans les questions dont elle est saisie.

459. Il convient de rappeler que l'obligation pour un Etat, prévue à l'article 19 de la Constitution de l'OIT, de "rendre effectives" les dispositions de toute convention qu'il a ratifiée implique qu'il doit veiller non seulement à ce que la législation soit conforme à ces dispositions, mais encore à ce que la pratique concorde avec celles-ci. Dans le cas de la convention sur la discrimination (emploi et profession), les obligations du gouvernement d'un Etat qui a ratifié la convention sont encore plus spécifiques. En vertu de l'article 2, le gouvernement doit appliquer une politique nationale visant à promouvoir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession afin d'éliminer toute discrimination en cette matière. Aux termes de l'article 3, il doit, entre autres, suivre ladite politique en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale et modifier toute disposition

ou pratique administrative qui est incompatible avec ladite politique. Ces dispositions exigent que les autorités jouent un rôle actif en vue de réaliser l'égalité de chances et de traitement. Les cas individuels fournissent des éléments de preuve d'où l'on peut tirer des conclusions pour juger si l'action des autorités publiques compétentes est compatible avec leurs obligations.

460. Dans le cas présent, on peut noter que les autorités ont elles-mêmes tiré des conclusions des décisions judiciaires existantes pour définir leur politique et leur pratique en ce qui concerne l'application des dispositions prescrivant le devoir de fidélité pour les personnes employées dans le service public. Ainsi, le gouvernement de Basse-Saxe a publié, en novembre 1985, une circulaire pour informer tous les fonctionnaires, sur la base du jugement du Tribunal disciplinaire de Basse-Saxe dans le cas Eckartsberg, que le fait d'être candidat aux élections au nom du DKP constitue une violation grave du devoir de fidélité propre à susciter l'ouverture d'une procédure disciplinaire. De même, la suspension systématique, avec réduction de traitement, de fonctionnaires des postes faisant l'objet d'une procédure disciplinaire a été justifiée au motif que les jugements du Tribunal administratif fédéral dans les cas Peter et Meister faisaient jurisprudence et que, par conséquent, il fallait s'attendre à ce que la procédure en cours conduise à leur révocation. Ces suspensions ont donc été maintenues même après que le Tribunal disciplinaire fédéral eut rendu un jugement en faveur du fonctionnaire. De même, au cours du débat parlementaire de janvier 1986, le secrétaire d'Etat auprès du ministre fédéral de l'Intérieur a invoqué, pour justifier la politique et les pratiques des autorités, le fait que la situation juridique à l'égard du devoir de fidélité était sans équivoque vu la jurisprudence établie par le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral du travail.

461. Une commission d'enquête ne peut pas faire abstraction de toute information de ce genre du fait que les procédures sont encore en cours ou qu'une des voies de recours possibles - une plainte auprès de la Cour constitutionnelle - n'a pas été utilisée. La commission note que, dans de nombreux cas, les procédures ont été poursuivies à travers toute la hiérarchie des tribunaux administratifs ou du travail<sup>5</sup>.

462. Il est intéressant de se référer à la position prise par d'autres organes de contrôle de l'OIT sur la question de l'épuisement des recours internes. Le comité du Conseil d'administration qui a examiné la réclamation déposée en 1977 par la Confédération internationale des syndicats libres contre le gouvernement de la Tchécoslovaquie au sujet de la convention no 111 a fait observer que la question soulevée ne concernait pas la conformité formelle des dispositions législatives pertinentes avec la convention mais la question de savoir si les mesures prises contre les travailleurs en vertu de ces dispositions étaient en concordance avec la protection prévue dans la convention. Le comité a fondé ses conclusions sur une série de documents (notifications de licenciement et correspondance et autres documents en découlant) présentés à l'appui de la réclamation.

Parmi ces documents figuraient le texte de trois jugements de tribunaux de première instance<sup>6</sup>. Dans ses commentaires sur la réclamation, le gouvernement de la Tchécoslovaquie a fait observer notamment qu'un travailleur qui estimait que ses droits avaient été violés pouvait tenter une action devant un tribunal; les procédures judiciaires offraient une garantie pour l'application de la convention, et certains travailleurs avaient usé de cette possibilité<sup>7</sup>. Bien que la plupart des cas inclus dans la documentation soumise au comité n'aient comporté aucune indication qu'il y avait eu recours à une procédure judiciaire et que les trois jugements fournis n'aient émané que d'un tribunal de première instance, le comité, sur la base de cette documentation, qui attestait la politique et la pratique suivies par les autorités au titre d'employeur, a conclu que les mesures prises résultaient de l'expression d'une opinion politique placée sous la protection de la convention et que les déclarations du gouvernement ne répondaient pas de façon appropriée aux allégations spécifiques. Si le comité, à la lumière des déclarations du gouvernement concernant les voies de recours judiciaires disponibles, avait exigé l'épuisement des recours internes, il aurait dû faire abstraction de l'ensemble des documents à sa disposition et n'aurait pas pu aboutir aux conclusions qui ont été les siennes.

463. Un cas plus récent concernant une réclamation relative à l'application de la convention no 111 par la Norvège avait trait à l'effet des dispositions législatives traitant de l'égalité en matière d'emploi. Les documents présentés comprenaient un jugement d'un tribunal de première instance. Le comité du Conseil d'administration chargé d'examiner la question a fait observer "qu'il n'a pas à commenter le résultat de ce cas, sinon qu'il a donné lieu à une décision instructive quant à la façon dont [la disposition législative pertinente] a été appliquée en pratique"<sup>8</sup>.

464. Il convient également de noter que certaines enquêtes en vertu des dispositions de l'article 26 de la Constitution de l'OIT avaient trait essentiellement à l'existence de certaines pratiques comme, par exemple, les méthodes de recrutement dans l'enquête sur le travail forcé en Afrique portugaise<sup>9</sup>, et l'usage de la contrainte et d'abus dans le paiement des salaires des travailleurs des plantations en République dominicaine<sup>10</sup>. Dans ces cas, les intéressés n'avaient pas cherché à obtenir une réparation par voie judiciaire des abus allégués; il n'avait pas été suggéré que, pour cette raison, il ne fallait pas tenir compte des allégations en question. Dans les deux cas, les commissions ont souligné tout particulièrement qu'il incombait aux gouvernements de veiller, par des méthodes de contrôle efficaces, à ce que les normes juridiques visant à assurer l'application des conventions soient respectées dans la pratique<sup>11</sup>.

465. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne s'est référé lui-même à la pratique du Comité de la liberté syndicale institué par le Conseil d'administration. Dans le cas mentionné par le gouvernement, ce comité a déclaré ce qui suit:

Le comité a affirmé en maintes circonstances qu'étant donné la nature de ses responsabilités il ne saurait se considérer comme lié par les règles qui s'appliquent, par exemple, aux tribunaux internationaux d'arbitrage et selon lesquelles les procédures nationales de recours doivent être épuisées. Toutefois, il a considéré également, lorsqu'il examine un cas selon ses mérites, devoir tenir compte du fait, lorsque c'est le cas, que les possibilités offertes par la procédure nationale de recours devant un tribunal indépendant présentant toutes les garanties n'ont pas été pleinement utilisées<sup>12</sup>.

Le cas particulier dans lequel ce commentaire a été fait concernait une allégation de discrimination antisyndicale touchant un seul dirigeant syndical. L'organisation plaignante et le gouvernement avaient donné des explications contradictoires, et les procédures disponibles au niveau national n'avaient pas été utilisées. Un cas précédent dans lequel le comité avait également pris en considération le fait que les procédures internes n'avaient pas été utilisées avait trait à une allégation d'irrégularités lors d'une élection particulière dans une fédération syndicale<sup>13</sup>. On notera que ces cas ne concernaient pas des situations, des politiques ou des pratiques administratives générales, mais des faits isolés touchant une personne ou une organisation spécifique, et qu'il n'avait été fait aucun usage des recours internes disponibles.

466. Il est à noter que, même dans le cas de procédures internationales qui exigent l'épuisement préalable des voies de recours internes, une distinction a été faite entre les cas touchant des particuliers et les cas relatifs à la législation ou à la pratique administrative. C'est dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme que la jurisprudence est la plus élaborée à cet égard. Cette convention prévoit une condition d'épuisement des voies de recours internes tant pour les plaintes entre Etats que pour les requêtes formulées par des particuliers (art. 26). Toutefois, au moins dans les cas de plaintes entre Etats, selon la jurisprudence constante de la Commission européenne des droits de l'homme, cette condition ne s'applique pas lorsque le cas soulève, comme une question générale, la compatibilité avec la convention de mesures législatives et de pratiques administratives<sup>14</sup>. Il convient de distinguer de tels cas de ceux dans lesquels des violations de la convention sont alléguées à l'égard de personnes ou de groupes de personnes spécifiques, cas dans lesquels la règle concernant l'épuisement des recours internes est applicable même s'il s'agit de plaintes entre Etats. Il a été relevé que le critère décisif en l'occurrence n'est pas le caractère interétatique du différend mais la nature des allégations<sup>15</sup>.

467. En comparant l'approche adoptée dans le cadre de la Convention européenne et dans les procédures de l'OIT, il convient de ne pas oublier que, du fait de sa structure tripartite, l'OIT accorde non seulement aux gouvernements mais également aux organisations d'employeurs et de travailleurs et à leurs délégués à la Conférence le droit de mettre en mouvement l'examen de questions ne touchant pas à leurs propres intérêts. Alors que, dans le cas de la Convention

européenne, une règle de recevabilité expressément prévue est considérée comme non applicable aux allégations concernant la législation ou la pratique administrative, à l'OIT une règle qui n'est pas expressément prévue à cet effet a été exceptionnellement prise en considération par le Comité de la liberté syndicale pour évaluer les éléments de preuve dans le cas d'allégations ayant trait à des incidents ou à des personnes isolés par opposition à des situations plus générales. Tous les cas renvoyés jusqu'à présent à des commissions d'enquête en vertu de l'article 26 de la Constitution de l'OIT ont concerné des questions générales de compatibilité de la législation et de la pratique avec les conventions en cause. Telle est également la situation dans le présent cas.

468. En conséquence, la commission a décidé de prendre en considération les informations concernant les cas individuels en tant qu'éléments de preuve de l'effet des textes législatifs pertinents et de la pratique administrative.

Le droit et la pratique en République  
fédérale d'Allemagne en ce qui  
concerne les questions examinées

469. La commission va maintenant exposer ses conclusions sur la situation en République fédérale d'Allemagne en ce qui concerne les questions examinées. D'une manière générale, il n'y a pas eu de contestation concernant les éléments de cette situation, non plus que sur les circonstances des cas individuels. Les divergences de vues portées à l'attention de la commission avaient trait plutôt à l'évaluation de la situation du point de vue des exigences de la convention concernant la discrimination (emploi et occupation).

470. Le présent cas découle de mesures affectant l'emploi dans le service public de personnes participant ou s'associant à des activités politiques ou à des partis ou organisations considérés comme ayant des objectifs hostiles à l'ordre fondamental démocratique et libéral. Ces mesures ont, dans la plupart des cas, revêtu la forme d'un refus d'admission dans le service public ou d'une action en vue de révoquer les personnes ayant déjà un tel emploi. Elles ont touché, en particulier, des membres et des sympathisants du Parti communiste allemand (DKP) et d'autres partis ou organisations ayant des orientations marxistes-léninistes. Elles ont également été appliquées à des personnes défendant des causes d'extrême-droite, notamment au sein du Parti national démocratique (NPD). Quelques cas ont également concerné des personnes militant dans certaines autres organisations telles que des associations d'étudiants socialistes ou des organisations ayant des objectifs pacifistes.

471. Les mesures en question ont été déterminées par une combinaison de facteurs tels que les dispositions constitutionnelles et législatives (et, en ce qui concerne les personnes occupées dans le service public en vertu de contrats de travail, les dispositions pertinentes des conventions collectives), la jurisprudence des

tribunaux ainsi que les politiques et les pratiques adoptées par les pouvoirs publics pour l'application des dispositions pertinentes. Il semble approprié de rappeler les principales caractéristiques de ces facteurs.

472. En vertu des dispositions de l'article 33 (2) de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (la Constitution fédérale), tous les Allemands ont égalité d'accès aux emplois publics, selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leur rendement professionnel. Conformément à l'article 33 (3), personne ne doit subir de préjudice en matière d'admission aux emplois publics et de droits acquis dans le service public du fait de son adhésion ou de sa non-adhésion à une conviction ou à une philosophie. Il convient de noter à ce propos que les pouvoirs publics sont tenus d'indiquer les motifs de leurs décisions. Les personnes qui estiment qu'elles ont été traitées d'une manière incompatible avec leurs droits peuvent demander que leur cas fasse l'objet d'un contrôle judiciaire (par les tribunaux administratifs dans le cas d'un emploi régi par une relation de droit public, par les tribunaux du travail dans le cas d'un emploi régi par une relation de droit du travail). L'existence de ces garanties procédurales - qui semblent être plus étendues en République fédérale d'Allemagne que ce n'est normalement le cas ailleurs - a permis que les questions d'exclusion du service public fassent l'objet d'un examen judiciaire et soient ouvertement portées à l'attention du public.

473. L'article 33 de la loi fondamentale contient des dispositions supplémentaires concernant l'emploi des fonctionnaires. L'article 33 (4) prévoit qu'en règle générale l'exercice des compétences relevant des droits souverains doit être confié à des membres du service public qui se trouvent dans une situation relevant du droit public, c'est-à-dire des fonctionnaires (*Beamte*). Conformément aux dispositions de l'article 33 (5), le droit du service public doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels de la fonction publique de carrière. Les tribunaux ont considéré que le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral constitue l'un de ces principes traditionnels. C'est la raison pour laquelle les autorités estiment que les dispositions qui définissent et réglementent ce devoir de fidélité ont un caractère constitutionnel et que l'action entreprise pour faire respecter ce devoir découle d'une obligation constitutionnelle.

474. En ce qui concerne l'emploi dans le service de la Fédération, l'article 7 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux prévoit, comme condition d'admission à l'emploi en qualité de fonctionnaire, que les candidats devront fournir la garantie qu'ils prendront à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral au sens de la loi fondamentale. Aux termes de l'article 52 (2) de cette loi, les fonctionnaires doivent, par tout leur comportement, témoigner leur adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral et prendre fait et cause pour celui-ci. En cas d'emploi par les *Länder*, les articles 4 (2) et 35 (1) de la loi-cadre sur les fonctionnaires et la législation sur les fonctionnaires

adoptée par les Länder en l'application de cette loi prévoient des obligations analogues.

475. Le devoir de fidélité s'applique à chaque fonctionnaire. En conséquence, il s'applique également aux fonctionnaires directement engagés dans l'administration de l'Etat et aux fonctionnaires des services publics tels que les services des postes et télécommunications, les chemins de fer fédéraux, les services de santé publique et l'enseignement public. De plus, selon la jurisprudence établie, il s'applique sans distinction quant aux fonctions exercées par le fonctionnaire ou au niveau de ses responsabilités.

476. Le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral doit être respecté par le fonctionnaire dans tout son comportement. Il s'applique donc au comportement hors du service aussi bien que dans le service. Néanmoins, dans le cas d'un fonctionnaire à vie, les dispositions de l'article 77 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et les dispositions correspondantes applicables au niveau des Länder prévoient qu'un comportement en dehors du service ne constitue une faute disciplinaire que si, selon les données du cas concret, il est particulièrement susceptible de porter atteinte au respect et à la confiance, de manière importante, pour ses fonctions ou pour le crédit de la fonction publique.

477. Outre les personnes employées dans le service public conformément aux dispositions du droit public, c'est-à-dire les fonctionnaires, il y a également des personnes occupées en vertu d'une relation de droit du travail en qualité d'employés ou d'ouvriers (Angestellte ou Arbeiter). Aux termes des conventions collectives en vigueur, il incombe à ces personnes un devoir analogue de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral. Les tribunaux du travail - qui sont les instances judiciaires compétentes pour connaître des cas résultant de telles relations d'emploi - ont considéré que, dans le cas de ces salariés, l'application du devoir de fidélité devait être différenciée selon la nature des fonctions spécifiques exercées. En principe, aux termes de la loi fondamentale, les personnes dont l'emploi est régi par le statut de fonctionnaire devraient se voir assigner des fonctions comportant l'exercice de pouvoirs souverains, alors que l'emploi régi par un contrat de travail serait réservé à des tâches ne comportant pas l'exercice de tels pouvoirs. Dans la pratique, il n'est pas établi de nette distinction entre les fonctions assignées à ces deux catégories d'agents publics.

478. Les dispositions susvisées de la loi fondamentale, de la législation relative à l'emploi des fonctionnaires et des conventions collectives applicables aux personnes employées dans le service public en vertu d'un contrat de travail n'ont pas été modifiées depuis que la convention no 111 est en vigueur en République fédérale d'Allemagne. Toutefois, la manière dont ces dispositions ont été appliquées a subi des changements, en partie par suite des développements de la jurisprudence des tribunaux, en partie par suite des décisions prises par les pouvoirs publics compétents. Il y a eu d'ailleurs interaction entre les décisions des autorités judiciaires et administratives.

479. L'article 21 (2) de la loi fondamentale contient des dispositions prévoyant que des partis politiques pourront être déclarés inconstitutionnels si, d'après leurs objectifs ou d'après le comportement de leurs membres, ils cherchent à porter atteinte à l'ordre fondamental démocratique et libéral, à le renverser ou à compromettre l'existence de la République fédérale d'Allemagne. Une telle déclaration exige décision de la Cour constitutionnelle fédérale. En 1952 et 1956, des décisions de cette nature ont été prises par ladite Cour, au sujet du Parti socialiste du Reich et du Parti communiste d'Allemagne (DKP), respectivement. Depuis lors, la Cour constitutionnelle n'a été saisie d'aucune autre demande en vertu des dispositions de l'article 21 (2). En 1961, la Cour a décidé que, tant qu'un parti n'a pas été déclaré inconstitutionnel en vertu de cette procédure spéciale, le parti, ses fonctionnaires et ses membres sont protégés en ce qui concerne leurs activités.

480. Par la suite, plusieurs partis nouveaux ont été créés qui ont été diversement décrits comme ayant un caractère "extrémiste" ou "radical", dont certains se fondent sur l'analyse et la pensée marxistes, alors que d'autres affichent des idées considérées comme s'inspirant de l'idéologie national-socialiste. Les pouvoirs publics se sont abstenus de chercher à faire déclarer ces partis inconstitutionnels en vertu de l'article 21 (2) de la loi fondamentale. Néanmoins, ils ont cherché, sur la base des dispositions relatives au devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral des personnes employées dans le service public, à exclure d'un emploi public des personnes considérées comme s'étant identifiées aux objectifs de ces partis. La politique suivie en l'occurrence s'est traduite par une série de directives concernant la vérification de la fidélité à la Constitution. Elle a également donné lieu à un examen par les tribunaux de la légalité des mesures prises.

481. Dans sa décision fondamentale du 22 mai 1975, la Cour constitutionnelle fédérale a indiqué que l'absence d'une décision en vertu de l'article 21 (2) de la loi fondamentale déclarant un parti inconstitutionnel n'empêchait pas les autorités de considérer que le parti visait des objectifs hostiles à la Constitution et devait être, par conséquent, combattu sur le plan politique. La Cour a décidé que, en appréciant l'aptitude d'un candidat à être admis au service public, on peut tenir compte du fait qu'il a adhéré ou qu'il appartient à un tel parti, que celui-ci ait ou non été déclaré inconstitutionnel par la Cour constitutionnelle fédérale<sup>16</sup>.

482. Cette décision de la Cour constitutionnelle fédérale a consacré sur le plan judiciaire la notion d'hostilité à la Constitution, sur laquelle ont été fondées les diverses mesures d'exclusion du service public mentionnées plus haut (refus d'admission dans le service public et révocations). En particulier, en se référant au programme du Parti communiste allemand (DKP), les tribunaux ont considéré les objectifs de ce parti comme hostiles à la Constitution. A cet égard, les jugements rendus par le Tribunal administratif fédéral dans les cas Peter et Meister (octobre 1981 et mai 1984, respectivement) ont revêtu une importance spéciale. Les tribunaux ont

également considéré que le Parti national démocratique d'Allemagne (NPD) vise des objectifs hostiles à la Constitution. Selon le jugement du Tribunal administratif fédéral dans le cas Eigenfeld (mars 1986), cette conclusion se fonde sur les publications et déclarations du parti et de ses membres plutôt que sur le programme du parti.

483. La notion d'hostilité à la Constitution a fait l'objet de critiques, tant en République fédérale d'Allemagne que dans des documents et des témoignages soumis à la commission. L'essentiel de ces critiques a porté sur le fait que cette notion n'est pas mentionnée dans la Constitution ni dans la législation de la République fédérale; tout au contraire, la Constitution n'envisage que deux situations pour les partis politiques, à savoir la légalité ou l'inconstitutionnalité. On a fait observer que la décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 1975 a laissé à la discrétion générale des autorités et des tribunaux administratifs le pouvoir de priver les partis politiques et leurs membres de la protection que la Constitution a cherché à leur accorder, au mépris des sauvegardes procédurales qui y sont établies<sup>17</sup>. Tout en notant ces commentaires, la commission doit souligner qu'il n'entre pas dans le cadre de son mandat d'examiner la compatibilité avec la loi fondamentale des aspects particuliers de la jurisprudence établie par les tribunaux de la République fédérale d'Allemagne. La commission doit accepter la jurisprudence établie comme une partie des faits soumis à son examen. Sa fonction est d'examiner si la situation juridique et la pratique découlant des décisions judiciaires pertinentes sont compatibles avec la convention no 111.

484. Cependant, il convient de noter que, bien que des partis tels que le DKP et le NPD aient été considérés comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution, leurs activités sont légales et ils participent à la vie politique du pays sur un pied d'égalité avec les autres partis. Dans les cas dont la commission a été saisie, il n'a pas été allégué, à une exception près<sup>18</sup>, que les individus concernés avaient, au cours de leurs activités politiques, agi illégalement ou contrairement à la loi fondamentale.

485. Dans sa décision de mai 1975, la Cour constitutionnelle fédérale énonçait une série de principes au sujet du devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral dans le service public<sup>19</sup>. Bien que le cas dont la Cour était saisie concernât la constitutionnalité des dispositions législatives relatives aux conditions d'admission au service préparatoire de juristes, ces principes se réfèrent de manière générale aux normes de conduite des candidats et des personnes employées dans le service public, quel que soit leur statut. La Cour a fait observer, notamment, que le devoir de fidélité s'applique à tous les fonctionnaires et ne peut être différencié selon la nature de leurs fonctions. Le devoir de fidélité exige davantage qu'une attitude qui n'est que formellement correcte, mais qui par ailleurs est indifférente, froide et intimement distante à l'égard de l'Etat et de la Constitution; il exige en particulier que les fonctionnaires se distancent sans équivoque des groupes et des

tentatives qui attaquent, combattent et diffament l'Etat et la Constitution.

486. Cette dernière exigence a joué un rôle important dans les décisions des pouvoirs publics et des tribunaux en ce qui concerne la non-admission au service public des candidats ou la révocation d'agents publics. La participation ou l'association à des partis ou organisations considérés comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution a été jugée incompatible avec le devoir de fidélité. Dans de telles circonstances, les déclarations des intéressés selon lesquelles ils soutiennent l'ordre fondamental démocratique et libéral et n'entreprendraient rien contre cet ordre ainsi que la preuve de leur comportement correct dans les activités politiques effectivement entreprises n'ont pas été considérées comme pertinentes.

487. En janvier 1972, le Chancelier fédéral et les chefs de gouvernement des Länder ont cherché à harmoniser la pratique dans l'application des dispositions relatives au devoir de fidélité des agents publics. Ils ont approuvé une déclaration commune dite "décret sur les extrémistes". Cette déclaration n'a eu aucun effet normatif direct mais a conduit à l'adoption, tant au niveau fédéral qu'à celui des Länder, de décisions tendant à réglementer le mode de vérification du respect du devoir de fidélité. Au niveau fédéral, les règles ont été révisées en mai 1976 et de nouveau en janvier 1979.

488. C'est la situation consécutive à l'adoption des principes fédéraux révisés de 1979 que le Conseil d'administration du BIT a examinée lorsqu'il a été saisi de la première réclamation formulée par la FSM sur le sujet<sup>20</sup>. Le rapport adopté par le Conseil d'administration en novembre 1979 faisait observer notamment que les nouvelles dispositions applicables à l'emploi fédéral étaient de nature à limiter les pouvoirs discrétionnaires laissés auparavant à l'autorité de nomination en prévoyant une présomption de fidélité et une appréciation des situations cas par cas et en abandonnant la pratique des enquêtes systématiques. Toutefois, le rapport indiquait que, étant donné l'entrée en vigueur récente des nouveaux principes, leur effet dépendrait de leur application pratique dans l'avenir. Il serait également nécessaire d'examiner l'évolution de la situation au niveau des Länder, qui avaient eu la possibilité, dans le cadre de leur autonomie administrative, d'appliquer des principes plus rigoureux et où, selon les informations disponibles, les cas d'enquêtes et de rejet des candidats avaient été proportionnellement plus nombreux que dans l'administration fédérale. C'est sur cette base que le Conseil d'administration a décidé de déclarer close la procédure relative à la réclamation précédente.

489. Il est apparu dans la présente enquête que la politique et les pratiques suivies par diverses autorités de la République fédérale pour vérifier et faire respecter le devoir de fidélité à l'ordre fondamental ont considérablement divergé au cours des dernières années. C'est le résultat en partie de l'adoption de différentes directives sur le sujet, en partie également de différentes manières de réagir aux décisions judiciaires.

490. Seuls quelques-uns des gouvernements des Länder modifièrent leurs règles de vérification de la fidélité à la Constitution à la suite des changements adoptés en 1979 en ce qui concerne l'emploi fédéral. Plus récemment, en juin 1985, le gouvernement de la Sarre a formellement abrogé ces règles tout en maintenant en vigueur les dispositions pertinentes de sa législation concernant l'emploi dans le service public. Certains témoins qui ont été entendus par la commission ont fait observer qu'à l'heure actuelle les exclusions du service public en application des dispositions relatives au devoir de fidélité sont concentrées dans certains Länder (Bade-Wurtemberg, Bavière, Basse-Saxe, Rhénanie-Palatinat et Schleswig-Holstein) et dans l'administration fédérale<sup>21</sup>.

491. Selon des informations fournies à la commission pendant sa visite en République fédérale par les représentants du gouvernement de la Sarre, les autorités de ce Land, en appliquant les dispositions législatives pertinentes, se fondent sur la présomption qu'un citoyen est fidèle à la Constitution, et il n'y aurait d'enquête sur ce point que si une personne se livrait à des tentatives concrètes contre la Constitution. Les actes mêmes de l'intéressé constituent le critère décisif. L'appartenance à un parti politique légal et les activités légales au sein d'un tel parti (y compris l'exercice d'une fonction et le fait d'être candidat du parti à des élections) ne seront pas considérées comme incompatibles avec le devoir de fidélité à la Constitution, car on estime que l'exercice des droits politiques ne devrait pas entraîner un désavantage dans l'emploi ou l'occupation. Les autorités de la Sarre considèrent également qu'il serait approprié, pour appliquer les dispositions relatives au devoir de fidélité à la Constitution, de faire une différenciation selon la nature de l'emploi et le domaine dans lequel les fonctions sont exercées.

492. La situation en Hesse semble être sensiblement analogue à celle qui règne dans la Sarre. L'accord conclu en 1984 entre les partis qui constituent le gouvernement actuel du Land prévoit que l'appartenance à un parti et l'exercice des droits qui en découlent, en particulier sous forme de candidatures, ne devraient pas être retenus contre un fonctionnaire, un employé ou un ouvrier lors de la vérification des qualifications requises pour être admis dans le service public. Les représentants des autorités ont informé la commission que le changement décisif dans la pratique s'est produit lors de l'adoption en 1979 des règles révisées pour la vérification de la fidélité à la Constitution et que l'accord de coalition de 1984 n'avait fait que confirmer cette pratique. Les règles de 1979 ont aboli les enquêtes systématiques sur les candidats et mis l'accent sur les circonstances particulières de chaque cas. Elles prévoient aussi, notamment, que l'Etat part d'une présomption de fidélité de ses citoyens à la Constitution, que les candidats à un emploi dans le service public confirment leur devoir de fidélité à la Constitution par le serment de respecter la loi fondamentale de la République fédérale ainsi que la Constitution et les lois du Land de Hesse, et que le principe de la proportionnalité s'applique pour décider si, dans un cas particulier, une demande d'informations doit être adressée

aux autorités responsables de la sauvegarde de la Constitution. La pratique actuelle du gouvernement du Land a été renforcée par une résolution adoptée par le Parlement du Land en janvier 1985, affirmant que l'exercice des droits civiques, tels que le fait d'être candidat à des élections locales, provinciales (Land) ou fédérales et l'acceptation des mandats qui en découlent ne devraient entraîner aucun désavantage dans le service public. Les autorités ont informé la commission que, en considérant les circonstances de chaque cas, la nature des fonctions exercées ou qui seront exercées est l'un des facteurs pris en compte. Elles ont également indiqué que le présent gouvernement avait entrepris de revoir les anciens cas dans lesquels l'admission dans le service public ou la nomination comme fonctionnaire avait été refusée et que ceci avait abouti à des solutions positives dans un certain nombre de cas.

493. En Rhénanie-du-Nord-Westphalie, les règles révisées pour la vérification de la fidélité à la Constitution des candidats à un emploi dans le service public, adoptées en janvier 1980, sont similaires aux dispositions du Land de Hesse mentionnées ci-dessus. Par suite de l'élimination d'enquêtes systématiques concernant les candidats effectuées auprès du Bureau pour la sauvegarde de la Constitution, le nombre des demandes d'informations est tombé de quelque 50.000 par an à seulement trois par an pendant la période de 1983 à 1985, et les autorités ont déclaré que, depuis 1980, il n'y avait guère eu de cas dans lesquels l'admission à un emploi public avait été refusée au motif que le candidat n'offrait pas la garantie de fidélité à la Constitution. Les autorités ont également procédé à un réexamen des cas dans lesquels un emploi avait été refusé auparavant pour un tel motif, et elles ont indiqué que ces cas dits "anciens" avaient été réglés, à l'exception de certains lorsque les intéressés ne s'étaient pas présentés ou le cas était encore à l'examen. A la suite du jugement du Tribunal administratif fédéral dans le cas Peter en 1981, le gouvernement du Land a adopté en mars 1983 des règles supplémentaires prévoyant notamment que, à l'exception d'élections locales, le fait de se porter candidat au nom d'un parti ayant des objectifs hostiles à la Constitution doit être considéré comme une activité risquant d'entraîner des mesures disciplinaires. Les règles existantes ne se réfèrent pas à l'exercice d'une fonction au sein d'un tel parti ou d'une telle organisation, mais les autorités ont indiqué que seules les fonctions supérieures seraient considérées pertinentes du point de vue disciplinaire.

494. Aucun des cas documentés dont la commission a été saisie ne concerne l'emploi à Hambourg ou à Brême. Bien que la commission n'ait pas entendu des témoins représentant les autorités de ces Länder et n'ai pas eu d'entretien avec ces autorités au cours de sa visite en République fédérale, il ressort des déclarations de témoins présentées par la FSM que l'application des dispositions relatives au devoir de fidélité dans ces deux Länder ne suscite actuellement aucune difficulté ou critique. Selon la documentation émanant d'un comité de Hambourg contre les "Berufsverbote", la pratique ainsi qualifiée a complètement disparu dans ce Land et, en octobre 1985, les trois anciens cas d'exclusion du service public non encore réglés avaient

été résolu par l'admission à l'emploi des intéressés. A Brême, les dispositions relatives à la vérification de fidélité à la Constitution des agents publics ont été modifiées en 1983 en prévoyant que, pour apprécier si le comportement d'un agent public hors du service justifierait l'ouverture d'une procédure disciplinaire ou la révocation, il conviendra de tenir compte de la nature et de la portée de ce comportement ainsi que des tâches assignées à l'intéressé; une violation du devoir de fidélité serait pertinente si le comportement en question ne pouvait être admis même en tenant dûment compte des droits fondamentaux de l'agent public, en particulier de la liberté d'expression. Ces dispositions correspondent à un projet de loi présenté à la Chambre fédérale en 1982 par le gouvernement fédéral en vue de modifier la législation régissant l'emploi des fonctionnaires au niveau fédéral et au niveau des Länder; toutefois, à la suite du changement de gouvernement survenu peu après, ce projet n'a pas connu de suites.

495. Par contraste avec la libéralisation de l'approche adoptée dans les Länder susvisés, d'autres ont conservé les caractéristiques essentielles de leurs règles initiales en la matière. Tel est le cas dans les Länder de Bade-Wurtemberg, Bavière, Basse-Saxe, Rhénanie-Palatinat et Schleswig-Holstein. La pratique de ces Länder comporte des différences importantes non seulement dans la procédure suivie pour vérifier la fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral des candidats à un emploi public, mais aussi dans les critères adoptés pour apprécier si cette exigence est bien remplie dans le cas des candidats aussi bien que dans celui des personnes déjà employées dans le service public. Ces Länder ont maintenu le principe des enquêtes systématiques auprès du Bureau pour la sauvegarde de la Constitution à l'égard des candidats (sous réserve, en Basse-Saxe, de certaines exceptions). En l'absence d'une présomption de fidélité à la Constitution, c'est aux candidats qu'il incombe de fournir la preuve qu'ils prendront à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral. Ces Länder interprètent strictement l'obligation pour les candidats (ainsi que pour le personnel du service public) de se distancer des partis ou organisations considérés comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution<sup>22</sup>. En conséquence, des attitudes et des activités politiques qui ne constitueraient pas un obstacle à l'admission dans le service public dans le premier groupe de Länder ont conduit au rejet des candidats dans le second groupe<sup>23</sup>. Les tribunaux ont estimé que, de la même façon que pour juger d'autres qualifications, les pouvoirs publics jouissent d'une marge d'appréciation afin de décider si un candidat fournit la garantie requise de fidélité à la Constitution; les tribunaux peuvent vérifier si ces décisions ont été fondées sur des erreurs de fait, ne tiennent pas compte du cadre législatif et constitutionnel dans lequel des décisions peuvent être prises librement, ou sont arbitraires, mais ils ne peuvent substituer leur propre appréciation des faits à celle des pouvoirs concernés<sup>24</sup>.

496. Il existe une divergence analogue dans l'approche adoptée par les divers Länder pour apprécier la compatibilité avec le devoir de fidélité des attitudes et activités politiques des personnes déjà

employées dans le service public. Les Länder figurant dans les cas documentés de ce genre dont la commission est saisie (abstraction faite d'un cas qui remonte à 1975) sont le Bade-Wurtemberg, la Basse-Saxe, la Rhénanie-Palatinat et le Schleswig-Holstein. Les motifs pour lesquels on a cherché à écarter les intéressés du service public ont été analysés dans un chapitre précédent<sup>25</sup>. Ils comprennent le soupçon d'appartenir au DKP, combiné avec le refus de répondre aux questions relatives à cette appartenance ou de se distancer de ce parti<sup>26</sup>; une activité limitée au sein du parti<sup>27</sup>; l'exercice d'une fonction dans le parti<sup>28</sup>; le fait d'être candidat à des élections au nom du parti<sup>29</sup>; et le fait d'être membre du groupe DKP au sein du conseil municipal<sup>30</sup>. De telles activités ne sont généralement pas considérées comme impliquant une violation du devoir de fidélité dans des Länder comme Brême, Hambourg, Hesse et Sarre, ni (sauf dans certaines circonstances) en Rhénanie-du-Nord-Westphalie.

497. Des cas documentés relatifs aux mesures disciplinaires contre des fonctionnaires fédéraux et des déclarations faites devant la commission par des témoins du gouvernement, il ressort que les autorités fédérales adoptent également une approche stricte pour examiner les conséquences disciplinaires de l'appartenance à un parti considéré comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution. Le Procureur disciplinaire fédéral, évoquant la jurisprudence des instances judiciaires les plus élevées dans les questions disciplinaires, a déclaré qu'une participation active pour le compte d'un tel parti allait bien au-delà du minimum de preuves requis pour établir une violation du devoir de fidélité; un fonctionnaire qui soutient un parti ayant des objectifs hostiles à la Constitution et qui n'est pas disposé à se distancer de celui-ci ne peut demeurer fonctionnaire<sup>31</sup>. Dans les cas documentés dont la commission est saisie, des procédures disciplinaires contre des fonctionnaires fédéraux ont été fondées principalement sur l'exercice d'une fonction au sein d'un parti considéré comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution et sur le fait de se présenter à des élections au nom de ce parti, aux niveaux fédéral, provincial (Land) ou local; le fait de représenter le parti au sein d'un conseil municipal a également constitué un motif pour engager la procédure<sup>32</sup>. Dans un certain nombre de cas, les fonctionnaires concernés ont travaillé dans des endroits où, s'ils avaient été au service du Land, leurs activités n'auraient normalement pas eu de conséquences disciplinaires<sup>33</sup>.

498. La commission a noté que, dans plusieurs décisions récentes, le Tribunal disciplinaire fédéral a estimé que des activités exercées au nom d'un parti politique légal (y compris l'appartenance au parti, l'exercice d'une fonction au sein de ce parti et le fait d'être candidat à des élections au nom de ce parti) ne constituent pas une violation du devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral. Ces décisions divergent de la jurisprudence établie du Tribunal administratif fédéral ainsi que de la position adoptée par divers tribunaux au niveau des Länder<sup>34</sup>. Les autorités fédérales ont interjeté appel de ces décisions devant le Tribunal administratif fédéral et maintenu également les suspensions des fonctionnaires

intéressés au motif que, en fin de compte, leurs activités entraîneraient leur révocation.

499. Divers commentaires ont été soumis à la commission en ce qui concerne l'importance numérique des cas de refus d'admission dans le service public ou d'exclusion de ce service en application du devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral. Le gouvernement de la République fédérale a fourni des statistiques sur cette question et il a souligné le nombre relativement peu élevé de cas. Toutefois, le gouvernement a fait observer que la compatibilité de la législation et de la pratique avec la convention no 111 devait être jugée en tant que telle, indépendamment du nombre de personnes affectées. La commission partage ce point de vue. Les informations qu'elle a reçues sur les circonstances des différents cas présentent un intérêt essentiellement parce qu'elles montrent l'effet des dispositions législatives et autres relatives au devoir de fidélité et des politiques et pratiques suivies par les diverses autorités pour appliquer ces dispositions. Au-delà des cas des personnes directement touchées, ces politiques et ces pratiques ont aussi certaines conséquences plus larges. Le gouvernement fédéral a indiqué qu'il y a approximativement 2.500 personnes employées dans le service public connues comme membres d'organisations considérées comme extrémistes et que le nombre réel de telles personnes est probablement sensiblement plus élevé. Pour toutes ces personnes, la question se pose de savoir jusqu'à quel point elles peuvent faire valoir leurs convictions politiques à travers la participation dans la vie publique et dans les processus constitutionnels. La même question se pose pour tous ceux qui, même avant de rechercher un emploi dans le service public, auront à considérer les effets possibles de la manifestation de leurs opinions politiques sur les perspectives d'obtenir un tel emploi à l'avenir.

500. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a présenté à la commission une série d'arguments en vue de démontrer qu'il n'existe pas de contradiction entre la loi et la pratique en République fédérale et les exigences de la convention sur la discrimination (emploi et profession). La commission procédera ci-dessous à l'examen de ces arguments. Elle examinera d'abord certaines questions concernant l'applicabilité de la convention no 111 aux relations d'emploi des fonctionnaires, le domaine de la protection de la convention, la portée de la définition du terme "discrimination" à l'article 1, paragraphe 1, de la convention, certaines considérations avancées par le gouvernement en ce qui concerne la nature des obligations assumées par les Etats qui ont ratifié la convention no 111 et la signification de certains jugements récents de la Cour européenne des droits de l'homme. Elle examinera ensuite les informations dont elle dispose à la lumière de deux dispositions cruciales de la convention, à savoir l'article 1, paragraphe 2 (relatif aux qualifications exigées pour un emploi), et l'article 4 (concernant les mesures en rapport avec une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat).

#### Applicabilité de la convention no 111 aux relations d'emploi des fonctionnaires

501. Dans les commentaires soumis à la commission en mars 1986, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a soulevé la question de savoir si la convention no 111 s'applique à la relation des fonctionnaires (*Beamte*) caractérisée par des droits et des obligations spéciaux en droit public<sup>35</sup>.

502. La commission reconnaît que les dispositions de la convention no 111 ne limitent en rien la liberté de l'Etat de déterminer si des personnes employées dans le service public seront régies par les mêmes dispositions légales que les personnes employées dans le secteur privé et si, et dans quelle mesure, elle seront affectées à des fonctions particulières telles que celles qui sont décrites en République fédérale d'Allemagne comme impliquant l'exercice de l'autorité souveraine. La convention ne touche pas non plus aux décisions prises dans chaque Etat pour déterminer les emplois placés sous le contrôle des autorités publiques et dans le secteur privé, respectivement.

503. Par contre, aucune disposition de la convention no 111 ne permet, soit expressément, soit implicitement, l'exclusion de personnes du fait qu'elles sont employées par les autorités publiques ou sur la base du statut juridique particulier qui régit leur emploi. La convention prévoit la promotion de l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession. Les travaux préparatoires de la convention ont mis en relief le sens large que la Conférence internationale du Travail entendait donner à la notion "d'emploi et de profession"<sup>36</sup>. Evoquant ces travaux préparatoires, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a fait observer qu'"aucune disposition de la convention ... ne limite son champ d'application personnel et professionnel ... Il s'étend à tous les secteurs d'activité; il couvre aussi bien les emplois publics que les emplois et professions privés ..."<sup>37</sup>.

504. Il convient de noter que l'article 3 d) de la convention no 111 demande aux Etats qui l'ont ratifiée de suivre la politique nationale d'égalité de chances et de traitement "en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale". Il convient également de se référer à la recommandation (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, qui complète la convention en indiquant de façon plus détaillée la manière dont la politique prévue dans la convention peut être mise en oeuvre. Le paragraphe 2 c) de la recommandation dispose que "les organismes gouvernementaux devraient appliquer dans toutes leurs activités unepolitique d'emploi sans aucune discrimination". Le paragraphe 3 a) indique que tout Membre devrait assurer l'application des principes de non-discrimination en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale. Le paragraphe 3 b) traite de l'action

des autorités autres que l'autorité centrale; il recommande que les services et organismes des administrations des Etats constitutants, des provinces ainsi que des administrations locales et les industries et entreprises de propriété publique ou soumises au contrôle d'une autorité publique soient encouragés à assurer l'application des principes de non-discrimination. Toutes ces dispositions confirment l'intention de la Conférence internationale du Travail d'étendre le champ d'application de la convention à l'emploi public.

505. Si, comme cela a déjà été mentionné, la convention no 111 laisse les Etats libres de déterminer la nature des relations juridiques des personnes employées dans le service public, il n'y a aucune raison pourquoi l'adoption d'une forme particulière de relations par un système juridique national devrait priver les personnes qui s'y trouvent assujetties de la protection prévue par la convention. Une question analogue a été déjà examinée par le Bureau international du Travail en 1931, en réponse à une demande du gouvernement allemand concernant la portée de certaines dispositions de la convention (no 30) sur la durée du travail (commerce et bureaux), 1930. Le gouvernement estimait qu'en raison de leur statut spécial les fonctionnaires ne pouvaient être considérés ni comme des ouvriers ni comme des employés et que, de ce fait, ils échappaient au champ d'application des conventions internationales du travail. Dans sa réponse du 14 octobre 1931, le Directeur du BIT, Albert Thomas, a fait observer que, lorsqu'une convention est applicable à des personnes employées dans des entreprises ou des établissements publics, il n'était pas fait de distinction selon la nature juridique des règles régissant leurs conditions de service. "La convention est ainsi applicable à ces personnes, même si, d'après le droit public de certains Etats, elles ont la qualité de fonctionnaires"<sup>38</sup>.

#### Domaine de la protection de la convention no 111

506. Le gouvernement de République fédérale d'Allemagne a soutenu que les mesures prises pour conserver un service public fidèle à la Constitution n'entrent pas dans le domaine de la protection définie par la convention no 111. Il a souligné que ces mesures sont destinées à protéger les éléments essentiels de l'ordre fondamental démocratique et libéral. Il considère qu'une convention de l'OIT visant à garantir les droits de l'homme ne devrait pas être interprétée de manière à protéger des personnes qui préconisent un système totalitaire. Pour soutenir ce point de vue, il a cité l'article 5, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966<sup>39</sup>. Cette disposition a la teneur suivante:

Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte.

507. En premier lieu, il convient de noter que la structure et l'approche adoptées respectivement dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et dans la convention no 111 sont sensiblement différentes. Les pactes couvrent un large éventail de droits de l'homme et définissent ces droits, ainsi que toute limitation dont ils peuvent faire l'objet, en termes généraux. Ainsi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en son article 25, reconnaît que tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables, d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays. Il ne définit pas d'une manière plus précise la nature des restrictions qui peuvent être imposées. Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (qui contient en son article 5, paragraphe 1, une disposition identique à celle citée par le gouvernement) reconnaît le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté (art. 6) et, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, demande que ce droit soit garanti sans discrimination aucune fondée sur des motifs spécifiés. Ce pacte ne contient aucune disposition concernant des mesures à prendre en vue de promouvoir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et ne définit pas de circonstances dans lesquelles des distinctions ou des exclusions peuvent être justifiées. Chacun de ces pactes, dans sa partie II, contient certaines clauses générales de limitation, notamment celle qui est énoncée à l'article 5, paragraphe 1. La convention no 111 de l'OIT se limite à la question spécifique de l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et d'occupation. Elle prévoit d'une façon assez détaillée l'action que les gouvernements doivent entreprendre en vue d'éliminer la discrimination dans ce domaine. Elle définit ce qu'il convient de considérer comme une discrimination aux fins de la convention et indique expressément certaines circonstances qui ne seront pas considérées comme telle. Il semble difficile d'introduire dans la convention, outre les clauses d'exception expresses, une exception implicite découlant d'autres instruments, d'une conception très différente. Il convient de noter, d'ailleurs, que des difficultés ont été rencontrées pour déterminer la portée et l'effet précis de la disposition des pactes à laquelle le gouvernement s'est référé<sup>40</sup>.

508. Il semble également nécessaire de garder présente à l'esprit la distinction entre les sanctions qu'il peut être légitime d'infliger en cas de conduite visant à détruire les droits et les libertés, d'une part, et les qualifications requises pour un emploi, d'autre part. Une telle conduite peut entraîner une condamnation et une peine en vertu de dispositions pénales. Même si une personne a été convaincue d'une telle infraction, les conséquences de sa conduite

dans le domaine de l'emploi restent à examiner. En l'occurrence, la considération pertinente n'est pas de réprimer ou de punir, mais de savoir si la conduite dont il s'agit rend la personne inapte au travail en question. S'il s'agit d'une conduite légale, le seul critère pertinent sera l'aptitude à l'emploi. En fait, le gouvernement de la République fédérale paraît partager ce point de vue. Dans les commentaires soumis en juin 1986, il fait observer ceci: "La question cruciale est la suivante: qui est apte à occuper un poste en qualité de fonctionnaire dans le service public de la République fédérale d'Allemagne?" C'est également le problème visé à l'article 1, paragraphe 2, et à l'article 4 de la convention no 111. Ces dispositions fournissent en conséquence le cadre approprié dans lequel la question peut être déterminée.

509. Enfin, il serait difficile de considérer que des personnes qui ont eu un comportement légal et qui jouissent pleinement de leurs droits civiques<sup>41</sup> puissent se trouver entièrement en dehors de la protection de la convention no 111. Cette question est examinée plus en détail au paragraphe 519 ci-dessous.

Portée de la définition du terme  
"discrimination" à l'article 1,  
paragraphe 1, de la convention

510. Dans ses commentaires de mars 1986, le gouvernement fédéral a présenté une série d'arguments pour montrer qu'il n'existerait en République fédérale d'Allemagne aucune discrimination au sens de l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111<sup>42</sup>.

511. En premier lieu, le gouvernement a fait observer que l'article 3, paragraphe 3, de la loi fondamentale, à l'instar de la convention no 111, interdit tout préjudice ou préférence fondé sur l'attitude politique d'une personne. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, cette disposition constitutionnelle n'est pas violée par les mesures de protection destinées à conserver un service public fidèle à la Constitution. L'obligation imposée aux candidats à un emploi dans le service public et aux fonctionnaires est de reconnaître les valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel qui garantissent la liberté. Le gouvernement considère que les mesures propres à maintenir un service public fidèle à la Constitution n'ont pas de rapport avec les opinions politiques des intéressés.

512. Ces commentaires soulèvent plusieurs questions. En premier lieu, il convient de souligner que les conclusions des tribunaux nationaux quant à la compatibilité de certaines lois ou pratiques avec les garanties de liberté d'expression contenues dans la Constitution de leur pays ne peuvent lier les organismes internationaux qui sont appelés à examiner la compatibilité de ces lois et pratiques avec les exigences d'une convention internationale.

513. Il convient de noter que l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111 contient une définition purement descriptive de ce

qui constitue une "discrimination" aux fins de cette convention, à savoir: "toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur ... l'opinion politique ... qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession". Il n'y a pas de doute que les mesures prises en République fédérale d'Allemagne en application des dispositions régissant le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral des personnes employées dans le service public ont pour effet d'exclure d'un tel emploi les personnes touchées et de détruire ou d'altérer leurs chances d'accéder à l'emploi ou de conserver leur emploi. Elles tombent donc dans le champ de la définition figurant à l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111, et cette définition n'est pas écartée du fait que les mesures en question établissent des qualifications pour certains types d'emplois ou qu'elles ont pour but de maintenir certaines règles de conduite dans le service public. Ces questions de justification doivent être prises en compte, non pas en relation avec la définition figurant à l'article 1, paragraphe 1, mais dans le cadre des clauses d'exception pertinentes de la convention.

514. Les commentaires du gouvernement soulèvent aussi la question de savoir si les mesures examinées sont fondées sur l'opinion politique au sens de la convention no 111.

515. A cet égard, la commission rappelle l'opinion exprimée par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations selon laquelle "en protégeant les travailleurs contre la discrimination fondée sur l'opinion politique, la convention implique que cette protection leur soit reconnue à propos d'activités exprimant ou manifestant une opposition aux principes politiques établis ..."<sup>43</sup>. La protection de la liberté d'expression vise non seulement à donner à un individu la satisfaction intellectuelle d'être libre d'exprimer son point de vue, mais plutôt - et notamment en ce qui concerne l'expression d'opinions politiques - à lui donner la possibilité de chercher à influencer les décisions dans la vie politique, économique et sociale de la société. Pour que ses opinions politiques aient un impact, l'individu agit généralement de concert avec d'autres. Les organisations et les partis politiques constituent un cadre dans lequel les membres s'efforcent de faire admettre leurs opinions par le plus grand nombre. Pour être efficace, la protection des opinions politiques doit donc s'étendre à leur défense collective dans un tel cadre. Les mesures prises contre une personne par référence aux objectifs d'une organisation ou d'un parti dont elle est membre impliquent qu'elle ne doit pas s'associer elle-même à ces objectifs, et elles restreignent en conséquence sa liberté de manifester ses opinions.

516. La commission fait observer que les dispositions relatives au devoir de fidélité en vigueur en République fédérale d'Allemagne exigent que les agents publics témoignent par leur comportement leur attachement à l'ordre fondamental démocratique et libéral. Ce qui leur est donc demandé, c'est d'adopter un comportement qui témoigne d'une attitude particulière. Ce fait est reflété dans une série de

déclarations. Ainsi, la Cour constitutionnelle fédérale, dans sa décision du 22 mai 1975, a fait observer que l'"on attend d'un fonctionnaire qu'il reconnaisse et accepte cet Etat et sa Constitution comme étant d'une grande valeur positive, qu'il vaut la peine de défendre". Le porte-parole du gouvernement fédéral, dans sa réponse au débat à la Chambre fédérale en janvier 1986, a réaffirmé que la position du gouvernement est de veiller à ce que "seuls puissent trouver un emploi au service de l'Etat ceux qui, par intime conviction, soutiennent les valeurs fondamentales de notre Constitution démocratique et libérale". Dans l'avis juridique du professeur Doehring, soumis à la commission par le gouvernement fédéral, il est relevé que le rejet d'un candidat à un emploi public serait justifié si, informé des principes préconisés par le DKP, ce candidat déclarait maintenir ces liens politiques. Même si les tribunaux, en jugeant si une personne respecte le devoir de fidélité, ont distingué entre différents degrés de participation aux activités d'un parti ou d'une organisation considéré comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution, ils l'ont fait en vue de déterminer si cette participation témoignait d'une identification suffisante aux objectifs du parti ou de l'organisation pour conclure que l'individu lui-même visait des objectifs hostiles à la Constitution. Dans le cas Meister, le Tribunal administratif fédéral a souligné qu'un fonctionnaire viole le devoir de fidélité si, en acceptant d'exercer des fonctions au sein du parti et de poser sa candidature à des élections générales, il se proclame porte-parole du DKP et préconise publiquement sa politique. De même, dans le cas Eckartsberg, le Tribunal disciplinaire de Basse-Saxe a fait remarquer que l'intéressé avait violé le devoir de fidélité du fait que, en étant publiquement candidat pour le DKP, il s'était identifié aux idées maîtresses du programme du parti. Le chef du Département des questions de personnel du ministère fédéral des Postes et Télécommunications, au cours de son témoignage devant la commission, a souligné que le point essentiel des griefs retenus contre les fonctionnaires des postes ayant fait l'objet d'une procédure disciplinaire pour violation du devoir de fidélité était leur attitude déficiente envers la Constitution.

517. A la lumière des considérations qui précèdent, il n'apparaît pas possible d'accepter l'affirmation selon laquelle les mesures en question n'ont pas de rapport avec les opinions politiques des personnes concernées.

518. Un autre argument avancé par le gouvernement est fondé sur le fait qu'aux termes de l'article 79, paragraphe 3, de la loi fondamentale certaines des dispositions de cette loi établissant les principes fondamentaux d'un ordre démocratique et libéral ne sont pas susceptibles d'amendement. Le gouvernement a évoqué, dans ce contexte, les commentaires de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations selon lesquels la propagation de doctrines visant à amener des changements fondamentaux dans les institutions de l'Etat n'échappe pas à la protection de la convention no 111 "en l'absence du recours ou de l'appel à des méthodes violentes ou inconstitutionnelles en vue de parvenir au résultat recherché"<sup>44</sup>. Le gouvernement fait observer que, dans la mesure où le programme du

DKP vise à changer ou éliminer des éléments essentiels de la loi fondamentale qui ne sont pas susceptibles de modification, ces objectifs ne pourraient être atteints que par des moyens non autorisés par la Constitution; en conséquence, les personnes qui participent activement à la promotion des objectifs et des programmes du parti en exerçant des fonctions au sein du parti ou en étant candidates à des élections au nom du parti ne sont pas protégées par la convention no 111. De l'avis du gouvernement, le fait que le DKP n'a pas été déclaré inconstitutionnel en vertu de l'article 21, paragraphe 2, de la loi fondamentale ne change rien à cette situation. Le gouvernement distingue la situation des fonctionnaires, qui sont tenus par l'article 33, paragraphe 5, de la loi fondamentale à prendre fait et cause pour l'ordre constitutionnel, de celle des citoyens, qui sont libres de rejeter et de combattre politiquement cet ordre, s'ils agissent dans le cadre d'un parti qui n'est pas interdit et par des moyens généralement autorisés.

519. Les arguments susvisés soulèvent plusieurs questions, dont celle de savoir si le programme du DKP et d'autres partis ou organisations considérés comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution entraînerait des changements dans des dispositions intangibles de la loi fondamentale et, dans l'affirmative, si ces changements amèneraient le parti ou l'organisation considérée à entreprendre une action de caractère inconstitutionnel ou, au contraire, imposeraient des limites légales à l'action qui pourrait être entreprise. La commission estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions dans le présent contexte, à savoir dans l'examen de la portée de la définition du terme "discrimination" figurant à l'article 1, paragraphe 1, de la convention. La question décisive qui se pose ici est celle de savoir si l'on peut exclure de la définition susmentionnée et, partant, entièrement du champ d'application de la convention no 111 le fait de préconiser et de poursuivre des objectifs politiques sous une forme dont chacun admet la légalité. L'effet d'une telle exclusion serait d'enlever totalement aux personnes concernées la protection de la convention: elles pourraient alors faire l'objet d'une exclusion ou d'un traitement discriminatoire, non seulement dans le service public, mais dans tous les secteurs et en relation avec tous les aspects de l'emploi et de la profession couverts par la convention. Elles pourraient se voir refuser toute espèce de formation et tout emploi, fussent-ils des plus modestes, et être soumises arbitrairement à un traitement discriminatoire dans n'importe quel travail. La distinction établie par le gouvernement entre la liberté d'action politique dont bénéficie le citoyen et la situation plus restrictive des fonctionnaires publics n'a de sens que si elle se rapporte à la nature des fonctions exercées par ces derniers. C'est là, cependant, une question qui demande à être considérée dans le cadre des dispositions de l'article 1, paragraphe 2 (distinctions fondées sur les qualifications exigées pour des emplois déterminés); elle ne permet pas de justifier des distinctions dans le cadre de la définition établie à l'article 1, paragraphe 1.

520. Une autre question soulevée dans la documentation soumise par le gouvernement fédéral est de savoir dans quelle mesure la notion

de discrimination en droit international suppose l'existence de différences de traitement qui sont arbitraires par nature<sup>45</sup>. Il convient de noter que la définition expresse contenue dans la convention no 111 ne comporte pas de référence à l'élément d'arbitraire mais fait référence à "toute distinction, exclusion ou préférence" fondée sur des motifs spécifiques qui ont pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement. La question de la justification de distinctions, exclusions ou préférences particulières est abordée par les clauses d'exception qui ont déjà été évoquées. C'est dans le cadre de ces dispositions que la justification éventuelle des mesures adoptées en République fédérale d'Allemagne doit être examinée plutôt que selon un critère général qu'il faudrait considérer comme figurant implicitement dans l'instrument et qui laisserait un grand pouvoir discrétionnaire à chaque Etat ayant ratifié la convention. En outre, la commission note qu'une référence à l'élément d'arbitraire ne figure pas dans la définition de la "discrimination" dans d'autres instruments internationaux<sup>46</sup>.

#### Nature des obligations assumées aux termes de la convention no 111

521. Dans la documentation présentée par le gouvernement fédéral dans le cadre de ses commentaires en mars 1986, il a été rappelé que, conformément aux dispositions de ses articles 2 et 3, la convention no 111 doit être appliquée "par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux". Il était indiqué qu'en conséquence les conditions juridiques et politiques spéciales de la République fédérale d'Allemagne devraient être prises en considération pour juger les questions dont la commission est saisie<sup>47</sup>.

522. Il apparaît nécessaire, à cet égard, d'établir une distinction entre la protection prévue par la convention et les moyens qui doivent être employés pour assurer cette protection. L'article 2 exige la déclaration et la poursuite d'une politique destinée à promouvoir l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession afin d'éliminer toute discrimination dans ce domaine. L'article 3 demande des mesures plus spécifiques, notamment de suivre ladite politique en ce qui concerne les emplois soumis au contrôle direct d'une autorité nationale et de modifier toute disposition ou pratique administrative incompatible avec ladite politique. En disposant que ces diverses mesures doivent être mises en oeuvre ou prises "par des méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux", la convention ne modifie pas l'objectif ou la norme à atteindre mais permet seulement une certaine souplesse en ce qui concerne les moyens choisis en vue de les atteindre. Si, par exemple, une instruction ou pratique administrative comporte une discrimination au sens de la convention, l'Etat concerné doit la modifier afin de la rendre conforme à la politique de non-discrimination exigée par la convention et ne peut échapper à cette obligation en prétendant que la pratique est adaptée aux circonstances nationales. Dans son étude d'ensemble de 1963, la Commission d'experts pour l'application des

conventions et recommandations a fait observer que la référence aux "méthodes adaptées aux circonstances et aux usages nationaux" laissait à chaque pays "la latitude voulue dans le choix des moyens techniques à utiliser et dans le dosage des diverses formes d'action, compte tenu du particularisme des problèmes qui se posent à lui"<sup>48</sup>. La commission d'experts s'est également référée à la liberté laissée à chaque pays de choisir les méthodes qui semblent les mieux adaptées "du point de vue de leur nature, de la périodicité et de l'intensité"<sup>49</sup>.

523. En conséquence, la commission considère que les arguments avancés par le gouvernement en ce qui concerne les conditions particulières qui existent en République fédérale d'Allemagne doivent être examinées, non comme de simples questions de méthodes choisies pour promouvoir l'égalité en matière d'emploi et de profession, mais comme un facteur à prendre en compte pour déterminer la question de fond de savoir si les mesures prises concernant l'accès au service public et l'emploi dans le service public entrent dans les exceptions prévues à l'article 1, paragraphe 2, et à l'article 4 de la convention. C'est dans ce cadre que la commission a examiné cette question.

#### La signification des récents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

524. Dans ses commentaires présentés en novembre 1986, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne se réfère aux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme le 28 août 1986 dans les cas concernant Julia Glasenapp et Rolf Kosiek<sup>50</sup>. La commission a examiné la signification de ces arrêts pour les questions dont elle est saisie.

525. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu, sur la base des travaux préparatoires pertinents, que le droit d'accès à la fonction publique n'est pas garanti par la Convention européenne des droits de l'homme, ni par aucun de ses Protocoles. Elle a noté que le devoir de défendre le système démocratique et libéral au sens de la loi fondamentale est l'une des qualifications personnelles que doit posséder quiconque brigue un emploi de fonctionnaire en République fédérale et a fait observer que cette condition "concerne le recrutement dans la fonction publique, matière délibérément laissée en dehors de la Convention, et ne peut être considérée comme incompatible en soi avec cette dernière". Considérant que l'accès à la fonction publique se trouvait au centre du problème dont elle était saisie et que les autorités n'avaient pris en considération les opinions et l'attitude ou les activités des personnes concernées que pour apprécier si elles possédaient les qualifications personnelles nécessaires pour occuper l'emploi en question, la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10, paragraphe 1, de la Convention.

526. En effet, selon ces arrêts, les cas en question tombaient hors du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses Protocoles *ratione materiae*. La Cour n'a pas examiné si les restrictions en question étaient justifiées pour déterminer l'aptitude à l'emploi. Il s'ensuit que ces arrêts n'ont pas d'incidence sur le cas dont est saisie la présente commission. Il ne saurait y avoir de doute que les questions concernant l'accès au service public et le traitement dans le service public tombent dans le champ d'application de la convention no 111 de l'OIT et que la commission doit donc examiner si les limitations résultant de l'application des dispositions sur le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral sont justifiées dans le cadre des dispositions de cette convention.

Qualifications exigées pour un emploi  
- applicabilité de l'article 1,  
paragraphe 2, de la convention no 111  
aux mesures examinées dans la présente enquête

527. Le gouvernement de la République fédérale, tout en ayant présenté une large gamme d'arguments pour justifier les mesures adoptées pour exclure certaines catégories de personnes du service public, a fait observer, dans les commentaires qu'il a soumis en juin 1986, que la question cruciale était celle-ci: qui est apte à occuper un poste comme fonctionnaire dans le service public en République fédérale d'Allemagne? La commission estime elle aussi que telle est, en effet, la question essentielle. Il est ainsi nécessaire de déterminer si et dans quelle mesure les dispositions prises en République fédérale au sujet de l'admission et de l'emploi dans le service public cadrent avec l'article 1, paragraphe 2. Selon ce paragraphe, "les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations".

528. Le gouvernement de la République fédérale estime que l'activité d'un fonctionnaire constitue "un emploi déterminé" ("eine bestimmte Beschäftigung") au sens de la disposition susmentionnée, de sorte que toutes les limitations qui, nécessairement, en découlent pour toutes les personnes employées avec le statut de fonctionnaire seraient comprises dans cette exception. Il a souligné que le devoir de fidélité est une condition essentielle de l'emploi comme fonctionnaire, destinée à assurer en tout temps le fonctionnement correct des institutions de l'Etat, et que, pour cette raison, le devoir de fidélité s'applique à tous les fonctionnaires, sans distinctions selon leurs fonctions<sup>51</sup>.

529. A la lumière de ces arguments, il paraît indiqué, en premier lieu, d'examiner la portée de l'article 1, paragraphe 2, et ensuite d'examiner la situation en République fédérale par rapport à cette disposition.

530. Il convient de garder à l'esprit que l'article 1, paragraphe 2, est une clause d'exception. Il devrait, en conséquence, être interprété strictement, afin de ne pas aboutir à une limitation induite de la protection que la convention vise à assurer.

531. En vertu de cette clause, les distinctions, exclusions ou préférences touchant une personne dans l'emploi ou la profession ne sont pas considérées comme discriminatoires si elles sont fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ("the inherent requirements of a particular job"). Le mot "inherent" utilisé dans le texte anglais est défini dans le "Oxford English Dictionary" dans les termes suivants: "existant dans quelque chose comme un attribut ou une qualité de caractère permanent; formant un élément, spécialement un élément essentiel, de quelque chose; intrinsèque, essentiel". Une idée semblable est exprimée par les mots utilisés dans le texte français (qualifications exigées)<sup>52</sup>. En conséquence, toute limitation que l'on cherche à faire entrer dans le cadre de l'exception prévue par l'article 1, paragraphe 2, doit être nécessaire en raison de la nature même du poste en question. Les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme font largement appel à la notion de "nécessité" comme critère restreignant les exceptions aux droits reconnus dans ces instruments. De plus, en examinant si une limitation particulière peut être justifiée comme nécessaire, il ne suffit pas d'examiner seulement la question de savoir s'il existe des circonstances dans lesquelles une action s'impose pour répondre à l'objectif pour lequel des limitations sont autorisées par la disposition en question. On doit également examiner si la forme et l'étendue des mesures prévues ou prises sont proportionnées aux exigences de la situation. En d'autres mots, la limitation doit être en proportion de l'objectif poursuivi<sup>53</sup>.

532. Il convient de noter que l'expression "eine bestimmte Beschäftigung" utilisée dans la traduction allemande de l'article 1, paragraphe 2, est susceptible de se référer non seulement à un emploi déterminé ("a particular job"), mais à un secteur plus large d'emploi. Toutefois, cela donnerait à la convention un sens que la Conférence internationale du Travail a expressément rejeté. Comme il est relevé dans le chapitre 3 de ce rapport<sup>54</sup>, au cours de la première discussion à la Conférence en 1957, il a été décidé de prévoir une exception pour couvrir les qualifications nécessaires pour un emploi ("the inherent requirements of the job"); le Bureau a proposé, comme base pour la deuxième discussion, un texte se référant à un emploi déterminé ("a particular employment"); par la suite, il fut observé qu'une référence à "emploi et profession" couvrirait un champ beaucoup plus large que le mot "emploi" ("job"); et au cours de la deuxième discussion, il a été décidé de remplacer le texte proposé par le Bureau par des expressions se référant à un "emploi déterminé" ("a particular job"). Cette suite des événements indique une intention de donner à l'exception une portée limitée: le retour au mot "emploi" ("job") et l'insertion de "déterminé" signifient que l'exception se rapporte à des postes, des fonctions ou un travail particuliers.

533. Il est intéressant de rappeler qu'au cours des travaux préparatoires de la convention, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne avait fait des commentaires indiquant qu'il comprenait lui aussi l'exception proposée dans le sens mentionné ci-avant, étant donné qu'il s'est référé à des cas dans lesquels certains travailleurs étaient exclus "de postes déterminés" parce qu'ils ne possèdent pas les qualifications requises pour ces postes, ainsi qu'à l'exclusion de personnes ayant des convictions politiques différentes "de certains postes" dans des "Tendenzbetriebe" (c'est-à-dire certains établissements ayant des objectifs politiques, religieux ou similaires déterminés).

534. Cette interprétation, rapportant l'exception aux exigences inhérentes de postes, de fonctions ou d'un travail particuliers, est également confirmée par des commentaires de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations dans lesquels celle-ci a souligné que, si les opinions politiques peuvent être prises en considération "pour certains postes supérieurs directement en relation avec la mise en oeuvre de la politique gouvernementale", il n'en est pas de même "lorsque les conditions d'ordre politique sont établies pour toutes sortes d'emplois publics en général"<sup>55</sup>.

535. Il convient de noter également que les notions utilisées dans la convention no 111 doivent être considérées comme ayant un contenu objectif imposant des obligations équivalentes aux Etats qui l'ont ratifiée. La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a souligné que les conventions de l'OIT sont "des normes internationales, et la manière dont leur application est évaluée doit être uniforme et ne doit pas être affectée par des conceptions dérivées d'aucun système social ou économique particulier"<sup>56</sup>. Accepter que la catégorie des "fonctionnaires" dans un pays donné pourrait correspondre à la notion d'un "emploi déterminé" ("a particular job"), au sens de la convention, aurait pour résultat de permettre des exceptions totalement différentes d'un pays à l'autre, déterminées non pas par la nature du travail ou des fonctions en question, mais par le fait que des activités particulières se trouveraient dans le secteur public et seraient confiées à des personnes employées avec le statut de "fonctionnaires". La mesure dans laquelle certaines activités se trouvent dans le secteur public ou le secteur privé - par exemple dans les transports, les télécommunications, la production et la fourniture d'énergie, l'éducation, les services de santé, le système bancaire, etc. - varie largement, même dans les pays à économie de marché. La situation change également dans le temps, des activités particulières étant nationalisées ou privatisées. Dans les pays où les moyens de production sont généralement propriété publique, l'effet d'une telle interprétation pourrait être d'enlever à la grande masse des travailleurs la protection de la convention. Faire dépendre "les qualifications exigées pour un emploi" ("inherent job requirements") de facteurs aussi aléatoires serait destructif de toute norme internationale commune.

536. Eu égard aux considérations qui précèdent, il est nécessaire d'examiner si les mesures prises en République fédérale en ce qui concerne l'accès et l'emploi dans le service public peuvent être justifiées sur la base de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111, dans toutes les circonstances dans lesquelles elles sont appliquées.

537. Il convient de garder à l'esprit que le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral n'est qu'un devoir parmi une série d'obligations générales incombant aux agents publics en République fédérale. La loi sur les fonctionnaires fédéraux et la législation correspondante applicable au service public dans les Länder établissent, par exemple, également les obligations suivantes pour le fonctionnaire: l'obligation de servir la nation tout entière et non un parti; l'obligation de remplir ses fonctions de manière impartiale et juste, au regard du bien-être général; l'obligation de garder dans toute activité politique la mesure et la réserve qui résultent de sa position vis-à-vis de la collectivité et des obligations de sa fonction; l'obligation de se consacrer à sa profession avec un total dévouement et de maintenir par son comportement l'estime et la confiance exigées par sa profession; l'obligation de conseiller et d'appuyer ses supérieurs et d'appliquer leurs instructions; l'obligation de garder le caractère confidentiel des informations reçues dans l'exercice de ses fonctions. Des obligations de ce genre sont clairement destinées à assurer le fonctionnement effectif et impartial du service public, et sont des caractéristiques des conditions d'emploi dans le service public que l'on retrouve communément dans d'autres pays également.

538. Des questions concernant l'attachement à l'ordre constitutionnel paraissent pertinentes aussi lorsqu'on examine si une personne convient pour occuper des positions particulières dans le service public. Comme cela a déjà été noté, la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations a fait observer que de telles considérations peuvent valablement être prises en compte pour des postes élevés directement liés à la mise en oeuvre de la politique gouvernementale. Elles peuvent également être pertinentes pour l'emploi dans certains domaines exigeant des garanties particulièrement sûres de loyauté et de fiabilité de leur personnel, tels que le service diplomatique et la défense, de même que pour des positions déterminées dans d'autres secteurs du service public dans lesquelles, eu égard à la nature des fonctions dont il s'agit, des garanties semblables paraissent nécessaires.

539. S'agissant de la situation en République fédérale d'Allemagne, la commission propose d'examiner les aspects suivants: les conclusions à tirer des divergences de politique et de pratique parmi les différentes autorités à l'intérieur de la République fédérale; les effets sur le fonctionnement du service public des activités en raison desquelles on a cherché à exclure certaines personnes du service public; l'application des dispositions sur le devoir de fidélité en tant que mesure préventive pour assurer le fonctionnement du service public en période de conflit ou de crise;

l'application non différenciée à tous les fonctionnaires du devoir de fidélité; enfin, la situation spéciale des enseignants à l'égard de ces questions.

540. Conclusions à tirer des divergences de politique et de pratique parmi les différentes autorités à l'intérieur de la République fédérale d'Allemagne. Ainsi qu'on l'a vu plus haut, si les dispositions pertinentes de la loi fondamentale, de la législation et des conventions collectives établissent des normes relatives au devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral qui sont d'application générale, il existe des différences considérables de politique et de pratique dans l'application de ces dispositions. Dans les commentaires qu'il a présentés en juin 1986, le gouvernement fédéral a admis l'existence de différences. Néanmoins, le gouvernement a considéré que seules la Constitution et la législation de la République fédérale et la pratique administrative suivie sur la base de ces instruments par la majorité des Länder pouvaient constituer la base de la présente enquête. Il a fait observer que si, pour des raisons politiques ou tactiques, certains Länder avaient décidé autrement dans des cas individuels en faveur des personnes concernées, cela ne pouvait avoir aucune influence sur la question de savoir si le mode d'application adopté par le gouvernement fédéral correspond à la législation nationale, ni sur le point de savoir si cette législation est en conformité des dispositions de la convention no 111.

541. Dans ce contexte, la commission rappelle les indications déjà données<sup>57</sup> en ce qui concerne les obligations assumées par un Etat qui a ratifié la convention no 111, aux termes de l'article 19 de la Constitution de l'OIT et des articles 2 et 3 de la convention, d'assurer que tant la législation que la pratique sont compatibles avec la convention, de suivre une politique nationale à cette fin et de modifier toutes dispositions ou pratiques administratives incompatibles avec cette politique. Lorsque des pratiques divergentes sont suivies par différentes autorités dans le cadre d'un Etat fédéral, la question de la compatibilité avec la convention n'est pas déterminée par ce qui peut être la pratique de la majorité. La position des diverses autorités doit être considérée quant à sa compatibilité avec la convention.

542. De plus, l'expérience acquise en suivant des politiques ou des pratiques spécifiques peut s'avérer précieuse pour apprécier quelles conditions peuvent légitimement être considérées comme des qualifications exigées pour des emplois déterminés.

543. Ainsi qu'il a été dit plus haut<sup>58</sup>, les différences existant dans la manière d'appliquer les dispositions régissant le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral reflètent les textes régissant la procédure de vérification de la fidélité à la Constitution (qui comportent également des critères de fond) ainsi que les politiques et les pratiques effectivement appliquées pour apprécier les candidatures à l'emploi dans le service public et pour décider si des activités ou des affiliations politiques particulières de personnes déjà dans le service public peuvent être

acceptées. Un groupe de Länder (Brême, Hambourg, Hesse, Rhénanie-du-Nord-Westphalie, Sarre) qui représentent quelque 26 millions d'habitants sur les 61 millions que compte au total la population de la République fédérale ont adopté, au cours des cinq ou six dernières années, une approche qui semble, dans une large mesure, avoir éliminé conflits et controverses. Les mesures prises ont inclus le réexamen de cas dans lesquels l'emploi ou la nomination en qualité de fonctionnaire avaient été auparavant refusés, débouchant bien souvent sur des décisions favorables aux intéressés. Un autre groupe de Länder (Bade-Wurtemberg, Bavière, Basse-Saxe, Rhénanie-Palatinat, Schleswig-Holstein) appliquent des critères plus rigoureux. En conséquence, des activités et affiliations politiques qui, dans une partie de la République fédérale, ne sont pas considérées comme constituant un obstacle à l'admission et à l'emploi dans le service public constituant, dans une autre partie du pays, un motif d'exclusion du service public. En Basse-Saxe, la pratique a également changé au fil des ans. Des activités qui n'étaient pas considérées auparavant comme appelant des mesures disciplinaires (telles que le fait de se présenter à des élections au nom de certains partis politiques ou d'exercer une fonction au sein de ces partis) ont par la suite été considérées par les autorités du Land comme incompatibles avec le devoir de fidélité et de nature à appeler des mesures disciplinaires.

544. En ce qui concerne l'emploi au niveau fédéral, bien que les principes qui sont à la base de la vérification de la fidélité à la Constitution actuellement en vigueur correspondent essentiellement à ceux du premier groupe de Länder (et ont en fait servi de modèle pour les textes de plusieurs de ces Länder), un certain nombre de cas dans lesquels la procédure de révocation est pendante et dans lesquels les fonctionnaires concernés ont été suspendus entre-temps ont trait à des faits qui, dans lesdits Länder, ne seraient pas considérés comme appelant des mesures disciplinaires. Ce fait se trouve reflété, par exemple, dans la résolution adoptée par le Parlement du Land de Hesse en janvier 1985 pour protester contre des mesures prises par le ministre fédéral des Postes contre plusieurs fonctionnaires des postes travaillant en Hesse et souligner que l'exercice de droits civils, tels que le fait de se présenter à des élections locales, provinciales (Land) et fédérales, et l'exercice d'un mandat électif ne devraient pas entraîner un préjudice quelconque dans le service public.

545. Eu égard aux différences d'approche susmentionnées, la commission, tant pendant l'audition des témoins que pendant sa visite en République fédérale d'Allemagne, a cherché systématiquement à savoir si des difficultés quelconques dans le fonctionnement des services publics avaient été constatées par suite de l'application de la politique moins restrictive suivie dans certains Länder ou, en Basse-Saxe, à une époque antérieure. Il n'y a eu aucune indication que des effets défavorables se soient produits. Au cours de la visite de la commission en République fédérale, les autorités de Hesse, de Rhénanie-du-Nord-Westphalie et de la Sarre ont déclaré qu'elles n'avaient rencontré aucune difficulté. Il semble donc que le critère plus rigoureux adopté par d'autres autorités établit des conditions

qui vont plus loin qu'il n'est nécessaire pour le bon fonctionnement du service public.

546. Effets sur le fonctionnement du service public des activités en raison desquelles on a cherché à exclure certaines personnes du service public. Parmi les cas documentés portés à l'attention de la commission, on en relève plusieurs dans lesquels des fonctionnaires ont été révoqués du service public au motif d'une violation du devoir de fidélité, et un nombre d'autres sensiblement plus élevé dans lesquels la procédure engagée en vue d'une telle révocation est toujours pendante. Dans de nombreux cas, les fonctionnaires concernés avaient travaillé dans le service public pendant de longues périodes et, indépendamment des activités politiques sur lesquelles les mesures disciplinaires prises contre eux étaient fondées, l'accomplissement de leurs tâches n'avait donné lieu à aucun reproche.

547. En interrogeant les témoins qui ont comparu devant elle, la commission a systématiquement cherché à savoir si les activités ayant donné lieu aux allégations de violation du devoir de fidélité avaient eu un effet défavorable sur l'accomplissement des tâches spécifiques des personnes concernées ou sur le fonctionnement des services en question. Selon des témoignages concordants, aucun effet défavorable de ce genre n'a été constaté dans les cas dont les circonstances ont été communiquées à la commission par la FSM, les syndicats ou les personnes concernées.

548. Certains cas ont été évoqués dans lesquels des enseignants avaient cherché à endoctriner leurs élèves. Ainsi, dans les commentaires soumis en mars 1986, le gouvernement a mentionné la distribution aux élèves d'ouvrages niant les crimes nazis (cas Luthardt en Basse-Saxe) et la publication par un maître de conférence universitaire d'un livre contenant des opinions d'extrême-droite (cas Kosiek). Le chef du Bureau pour la sauvegarde de la Constitution de Basse-Saxe, lors de son audition par la commission, a produit des documents ayant trait à une tentative d'endoctrinement de la part de plusieurs enseignants membres du KBW, groupe maoïste aujourd'hui dissous. Il a déclaré qu'il ne connaissait pas de cas dans lesquels des enseignants appartenant au DKP avaient essayé d'endoctriner leurs élèves dans leur enseignement<sup>59</sup>.

549. Ces indications font apparaître que, si des abus de fonction peuvent avoir lieu dans des cas particuliers, ils peuvent faire, et dans la pratique ont fait, l'objet de mesures disciplinaires en tant que violation d'autres obligations de service; toutefois, la probabilité qu'un abus se produira ne peut être présumée sur la base d'opinions ou d'affiliations politiques particulières. Cette conclusion est étayée par les circonstances de la masse de cas dont la commission a été saisie par la FSM, les syndicats ou les personnes concernées.

550. Les preuves susmentionnées sont corroborées par une série de situations spécifiques. Dans un certain nombre de cas, la procédure

pour violation du devoir de fidélité n'a été engagée que longtemps (parfois huit ou dix ans) après le début des activités alléguées<sup>60</sup>. Fréquemment, alors que la procédure était en cours, des fonctionnaires - dans presque tous les cas des enseignants - qui faisaient l'objet d'une procédure de révocation en raison de leurs activités politiques ont continué à exercer leurs fonctions, parfois pendant pas moins de dix ou douze ans<sup>61</sup>. Dans aucun de ces cas il n'est apparu que le retard à engager une procédure pour la violation alléguée du devoir de fidélité ou le maintien en fonctions des personnes contre lesquelles une procédure était pendante ait affecté défavorablement l'exécution des tâches assignées aux personnes intéressées ou le fonctionnement des services (par exemple services postaux et enseignement) dans lesquels elles travaillaient.

551. Dans le cas d'un groupe de fonctionnaires (à savoir dans le Service fédéral des postes), il a été fait systématiquement usage au cours des dernières années du pouvoir de suspendre les fonctionnaires en attendant une décision définitive des tribunaux compétents. Pour expliquer ces suspensions, il a été déclaré que l'immense majorité des fonctionnaires du Service fédéral des postes et le public ne comprendraient pas pourquoi un fonctionnaire accusé de violations graves de ses devoirs qui entraîneraient en toute probabilité sa révocation serait maintenu dans le service. Le chef du Département du personnel au ministère fédéral des Postes et Télécommunications, en réponse aux questions de la commission, a indiqué qu'il n'y avait pas eu de critiques quand à la manière dont les fonctionnaires en question avaient accompli leur travail, ce dernier ayant fait l'objet d'appréciations élogieuses; qu'il n'y avait pas d'indications que leurs activités politiques aient influé défavorablement sur l'accomplissement de leur tâche; qu'ils n'avaient pas essayé d'abuser de leur position ou de leurs fonctions dans le service public à des fins politiques et qu'ils ne s'étaient pas rendus coupables de mauvaise conduite dans le service; que les activités politiques auxquelles s'étaient livrés les fonctionnaires concernés n'avaient pas suscité de difficultés avec leurs collègues ou supérieurs ou avec le public et n'avaient en aucune façon affecté le fonctionnement du service postal. Il a déclaré que ces diverses considérations n'étaient pas déterminantes, puisque les allégations à l'encontre des fonctionnaires étaient fondées sur leur attitude insuffisante à l'égard de la Constitution.

552. A la lumière des informations qui précèdent, sauf dans les cas d'un comportement fautif (tels que des tentatives d'endoctrinement des élèves de la part des maîtres), il n'a pas été établi que le maintien en fonctions des diverses personnes concernées affecterait défavorablement le fonctionnement des services publics.

553. La conclusion qui précède est corroborée par la solution adoptée pour un groupe de fonctionnaires des chemins de fer fédéraux contre lesquels une procédure disciplinaire avait été engagée en raison d'activités au sein du DKP. Selon les témoignages fournis devant la commission et confirmés par le Procureur disciplinaire fédéral, cette procédure a été interrompue voici plusieurs années

lorsque les intéressés ont accepté de renoncer à leur qualité de fonctionnaires pour être employés en vertu d'un contrat de travail<sup>62</sup>. Leur maintien dans l'emploi par les chemins de fer fédéraux n'aurait suscité aucune difficulté. Il n'y a pas de raison de supposer que le résultat eût été différent s'ils avaient continué à servir avec leur statut initial de fonctionnaires.

554. L'application des dispositions sur le devoir de fidélité en tant que mesure préventive pour assurer le fonctionnement du service public en périodes de conflit ou de crise. Le gouvernement de la République fédérale a fait observer que les arguments fondés sur l'absence de conséquences reconnaissables sur le fonctionnement des services publics des activités politiques de personnes accusées de violation du devoir de fidélité à la Constitution méconnaissent le point essentiel, à savoir la nécessité de sauvegarder l'Etat et ses institutions en périodes de conflit ou de crise. Il a également souligné la nécessité de prendre en considération la situation historique et géographique spécifique de la République fédérale<sup>63</sup>.

555. Pendant l'audition des témoins, la commission a demandé au Procureur disciplinaire fédéral si dans l'histoire de la République fédérale il y avait eu des exemples de situations de crise ou de conflit du genre envisagé dans les commentaires du gouvernement. Il a répondu par la négative. Il a également confirmé qu'il existe des lois permettant de prendre des mesures spéciales pour assurer la sécurité de l'Etat et le fonctionnement des services publics dans des situations d'urgence, mais il a souligné l'importance de mesures préventives propres à empêcher l'infiltration des institutions de l'Etat<sup>64</sup>.

556. Compte tenu de ces observations, il importe de se référer une fois de plus aux principes de nécessité et de proportionnalité. Il s'agit là de critères reconnus pour apprécier la justification de restrictions aux droits individuels dans des périodes d'urgence<sup>65</sup> et qui sont d'autant plus pertinents lorsqu'on a recours à des restrictions à titre de précaution contre des situations d'urgence potentielles. A cet égard, la commission rappelle ses précédentes remarques selon lesquelles l'attachement à l'ordre constitutionnel fondamental peut être considéré comme une qualification exigée pour un emploi au sens de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111 dans certains domaines exigeant des garanties particulièrement sûres de loyauté et de fidélité de leur personnel, tels que les services diplomatiques et de la défense, ainsi que pour des positions déterminées dans d'autres secteurs du service public où, étant donné la nature des fonctions exercées, des garanties semblables sont nécessaires. Dans ce contexte, la situation historique et géographique spécifique de la République fédérale d'Allemagne peut être prise en compte. Il s'ensuit que les restrictions imposées pour les motifs susmentionnés ne devraient pas être étendues à l'emploi des fonctionnaires dans le service public en général.

557. L'application non différenciée du devoir de fidélité à tous les fonctionnaires. Dans sa décision du 22 mai 1975, la Cour

constitutionnelle fédérale a décidé que le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral s'applique à chaque fonctionnaire sans distinction quant à ses fonctions. Le gouvernement, dans ses commentaires, a insisté sur la nécessité d'une telle application non différenciée du devoir de fidélité en tant que condition nécessaire d'aptitude à l'emploi<sup>66</sup>. Plusieurs des témoins qui ont été entendus par la commission au nom du gouvernement ou qui ont soutenu la position du gouvernement ont également souligné qu'il n'était pas possible d'établir une différenciation en la matière selon la position ou la fonction particulière occupée ou exercée. Ils ont évoqué les difficultés pratiques qui surgiraient si l'on cherchait à établir une distinction entre différents agents publics selon leur degré de fidélité, et ils ont souligné l'importance pour les autorités publiques de pouvoir transférer et promouvoir les agents publics librement, sans avoir à considérer s'ils sont suffisamment fidèles pour assumer les responsabilités particulières en cause<sup>67</sup>.

558. Les raisonnements qui précèdent reprennent le point de vue selon lequel l'application non différenciée du devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral correspond aux qualifications exigées pour l'ensemble des emplois du service public occupés par des fonctionnaires, en l'occurrence non pas comme une question d'interprétation du champ d'application de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111, mais plutôt comme une question de fait. La commission se réfère aux observations déjà formulées sur cette question<sup>68</sup>. Il serait difficile de considérer que le genre d'activités ou d'affiliations politiques dont il s'agit dans les différents cas dont la commission a été saisie met en question l'aptitude des intéressés à servir en qualité de fonctionnaire à un poste quelconque dans un secteur couvrant une vaste gamme d'activités dans l'administration publique à différents niveaux et dans la prestation de services publics tels que les postes et télécommunications, les chemins de fer, l'enseignement, les services de santé et de prévoyance sociale. D'autre part, on ne peut supposer dans le cas de l'aptitude particulière en question - pas davantage que dans le cas des autres qualifications requises, qu'il s'agisse de conditions techniques, linguistiques, morales ou touchant la personnalité - que chaque candidat doit avoir le potentiel nécessaire pour un transfert ou une promotion à n'importe quelle position dans ce vaste secteur.

559. Dans les commentaires soumis à la commission, le gouvernement de la République fédérale a souligné que le principe de la proportionnalité est un principe fondamental du droit administratif du pays. Certains juristes en République fédérale considèrent que, en vertu de ce principe, la question du respect du devoir de fidélité à l'ordre fondamental devrait, dans chaque cas, être examinée en fonction du comportement concret de la personne concernée et de ses conséquences pour son aptitude à assumer et exercer les fonctions du poste spécifique en cause<sup>69</sup>. Au cours d'un débat à la Chambre fédérale qui a eu lieu en janvier 1986, le porte-parole du Parti démocratique libéral, Dr Hirsch (ancien détenteur de responsabilités ministérielles en Rhénanie-du-Nord-Westphalie), a regretté que la

question du principe de la proportionnalité n'ait pas été expressément réglée à propos du devoir de fidélité à la Constitution. Il a fait observer que, dans la vie courante, il existe des différences entre un fonctionnaire des postes qui vend des timbres, un enseignant, un juge et le président du Bureau fédéral pour la sauvegarde de la Constitution; il est parfaitement possible de ne pas tenir compte de ce qu'ont fait certains d'entre eux, alors que les mêmes actes sont inacceptables pour d'autres<sup>70</sup>.

560. La possibilité d'établir une différenciation dans l'application du devoir de fidélité selon la nature des fonctions exercées est illustrée par diverses situations que l'on retrouve déjà en République fédérale. Le Land de Brême, dans ses dispositions régissant la vérification de la fidélité à la Constitution, exige expressément que, pour apprécier si le comportement d'un agent public hors du service justifie des mesures disciplinaires, il soit tenu compte de la nature et de la portée de ce comportement, ainsi que des tâches assignées à ce fonctionnaire. Au cours de ses discussions avec les autorités de certains autres Länder, celles-ci ont laissé entendre à la commission qu'elles adopteraient une approche similaire pour vérifier si le devoir de fidélité est respecté.

561. Il convient également de noter que, pour appliquer le système distinct des contrôles de sécurité - où la question de la fiabilité du point de vue de l'attitude figure également au nombre des facteurs à prendre en compte pour apprécier l'aptitude à l'emploi et où des questions de possibilité de transfert et de promotion se posent également -, il est tenu compte de la nature de l'emploi.

562. Une importance spéciale s'attache au fait que, dans le cas d'agents publics occupés en vertu de contrats de travail (Angestellte et Arbeiter), les tribunaux du travail font une distinction selon la nature des fonctions spécifiques pour apprécier si le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral, prévu dans les conventions collectives, est respecté. Cette différence d'approche, comparée avec celle des tribunaux administratifs dans les cas concernant les fonctionnaires (Beamte), est fondée sur les considérations suivantes. Alors que pour les fonctionnaires le devoir de fidélité est considéré comme un principe constitutionnel dérivé de l'article 33, paragraphe 5, de la loi fondamentale, dans le cas des agents publics occupés en vertu de contrats de travail la question doit être considérée dans le cadre des dispositions du paragraphe 2 dudit article. Cette disposition garantit à tous les Allemands l'égalité d'accès à tout poste public selon leur aptitude, leurs qualifications et leur rendement professionnel. Les tribunaux du travail ont considéré le respect du devoir de fidélité par les personnes employées en vertu de contrats de travail comme une question d'aptitude au sens de l'article 33, paragraphe 2, qui doit en conséquence être examinée en fonction de la nature du poste concerné.

563. Etant donné cette différence dans l'appréciation de l'aptitude à l'emploi des fonctionnaires et des agents publics employés en vertu de contrats de travail, la commission a cherché à

vérifier, en particulier pendant l'audition des témoins, si les tâches assignées à ces catégories respectives pouvaient être distinguées. La loi fondamentale prévoit que les fonctionnaires devraient, par principe, se voir assigner des fonctions comportant l'exercice de pouvoirs souverains. Il ressort toutefois des témoignages devant la commission que, dans la pratique, il n'y a pas de distinction nette entre les fonctions assignées aux fonctionnaires et celles assignées aux agents publics employés en vertu d'un contrat de travail<sup>71</sup>. Le fait que la personne occupant un poste particulier soit régie par un statut ou un autre dépend d'une série de considérations autres que la nature des fonctions, notamment des politiques budgétaires et du personnel diverses suivies par des autorités différentes et à des périodes différentes. Par suite, on constate par exemple que la proportion de fonctionnaires employés par les Chemins de fer fédéraux, le Service fédéral des postes et les autorités des Länder (56 à 57 pour cent) est sensiblement plus élevée que dans l'Administration fédérale (35 pour cent).

564. Il apparaît donc que la différence d'approche dans l'application du devoir de fidélité adoptée pour les deux catégories en question - fonctionnaires et personnes employées en vertu de contrats de travail - résulte de considérations touchant au statut juridique plutôt qu'aux fonctions. Si les exigences relatives à la fidélité sont susceptibles de différenciation selon la nature du travail effectué dans le cas des agents publics employés en vertu de contrats de travail, elles devraient également l'être dans le cas des fonctionnaires.

565. La conclusion qui précède paraît confirmée par l'expérience d'autres pays. Dans une étude comparative portant sur quinze autres pays (principalement européens) publiée en République fédérale en 1981, on a observé que "dans la mesure où le devoir de fidélité à l'ordre constitutionnel existe du tout, il est conçu d'une manière non pas abstraite mais fonctionnelle et liée au poste. La République fédérale d'Allemagne, avec son devoir de fidélité général, s'écarte sensiblement de ce commun dénominateur d'Europe occidentale<sup>72</sup>." Les informations dont dispose la commission tendent à corroborer cette conclusion.

566. Situation spéciale des enseignants quant au devoir de fidélité. La majorité des cas d'exclusion du service public dont a été saisie la commission concerne des enseignants. Le gouvernement de la République fédérale et plusieurs des témoins cités devant la commission ont souligné les responsabilités spéciales qui incombent aux enseignants de soutenir les principes de l'ordre fondamental démocratique et libéral ainsi que la vulnérabilité des élèves susceptibles d'être influencés par des enseignants hostiles à ces valeurs. Dans ses commentaires présentés en mars 1986, le gouvernement a appelé l'attention sur les observations formulées par la Commission européenne des droits de l'homme sur les responsabilités et les devoirs spéciaux d'un enseignant en relation avec l'expression d'opinions, tant directement à l'école que, à un moindre degré, comme incarnant l'autorité à d'autres moments. Ainsi qu'on l'a déjà noté, le

gouvernement s'est également référé à des cas dans lesquels un enseignant avait distribué à ses élèves des documents niant les crimes du IIIe Reich, ainsi qu'à la publication par un maître de conférence à l'université de livres véhiculant des idées d'extrême-droite, et a demandé si ces personnes pouvaient continuer à enseigner. De même, il a demandé si une personne pouvait devenir ou rester enseignant si elle préconisait publiquement, et par conséquent au vu et au su de ses élèves, l'élimination de l'ordre fondamental démocratique et libéral en se portant candidat au nom d'un parti extrémiste ou en exerçant des fonctions au sein d'un tel parti. Il a souligné que les élèves ne seraient pas en mesure de distinguer entre la propagande en faveur des objectifs d'un parti hostile à la Constitution selon qu'elle était effectuée en classe ou dans la rue en dehors des heures de classe<sup>73</sup>.

567. Il semble indiqué d'examiner ces considérations à la lumière des circonstances des cas concernant les enseignants dont la commission a été saisie. Lorsqu'une procédure a été engagée en vue d'exclure de l'emploi des enseignants qui avaient déjà exercé (soit dans le cadre du service préparatoire, soit comme enseignants qualifiés), ce n'est qu'exceptionnellement qu'il a été allégué qu'ils avaient cherché à endoctriner leurs élèves ou commis d'autres fautes dans le service. Dans de nombreux cas, la correction de leur comportement à cet égard a été expressément reconnue soit dans des appréciations concernant leur travail, soit par des décisions des tribunaux. Ainsi qu'on l'a déjà relevé, le chef du Bureau pour la sauvegarde de la Constitution de Basse-Saxe, en fournissant des informations relatives à des cas de tentative d'endoctrinement politique qui s'étaient produits dans ce Land, a déclaré qu'il n'avait pas connaissance de cas de ce genre impliquant des enseignants membres du DKP. De plus, la documentation soumise à la commission et les témoignages qu'elle a entendus font apparaître que les mesures tendant à exclure les intéressés du service public n'ont pas été fondées sur une conduite illégale ou inconstitutionnelle dans leurs activités politiques<sup>74</sup>. En outre, dans les cas soumis par la FSM les syndicats ou les personnes touchées, il n'a pas été allégué que les intéressés avaient fait des déclarations préconisant l'élimination de l'ordre fondamental démocratique et libéral ou hostiles à cet ordre. Les charges retenues pour soutenir l'accusation de violation du devoir de fidélité portent généralement sur le simple fait d'appartenir à un certain parti ou à une certaine organisation et d'exercer des activités dans ce parti ou cette organisation - par exemple, être candidat à des élections, exercer une fonction, assister à des réunions ou rédiger des articles pour des publications du parti ou de l'organisation - sans aucune mention du contenu de ce que la personne concernée aurait dit ou écrit.

568. A la lumière de ces faits, la commission considère qu'il est approprié de faire les commentaires suivants. Il est évident qu'un enseignant a le devoir de ne pas abuser de sa fonction pour endoctriner ou influencer indûment ses élèves. En outre, dans les activités qu'il exerce et les déclarations qu'il fait hors de son service, il doit garder présent à l'esprit que ses actes et ses paroles doivent être compatibles avec ses responsabilités. S'il viole

ces devoirs, il peut faire l'objet de mesures disciplinaires, indépendamment de tout devoir général de fidélité à l'ordre fondamental. Toutefois, la question de savoir si une violation d'une obligation a été commise doit être déterminée sur la base de son comportement effectif. Rien ne saurait justifier la supposition que, du fait qu'un enseignant participe aux activités d'un parti ou d'une organisation, il se comportera d'une manière incompatible avec ses obligations.

569. La commission reconnaît que les activités publiques entreprises par un enseignant et connues de ses élèves peuvent exercer une influence sur ceux-ci. Toutefois, ceci s'applique à tout enseignant, quelle que soit son orientation politique, et soulève la question plus large du rôle que les enseignants peuvent être autorisés à jouer dans la vie publique. La recommandation concernant la condition du personnel enseignant, adoptée en octobre 1966 par une conférence intergouvernementale spéciale convoquée par l'UNESCO, en collaboration avec l'OIT, fournit une orientation sur cette question. Aux termes des paragraphes 79 et 80 de cette recommandation, "il conviendrait d'encourager la participation des enseignants à la vie sociale et publique dans l'intérêt des enseignants eux-mêmes, de l'enseignement et de la société tout entière" et "les enseignants devraient être libres d'exercer tous les droits civiques dont jouit l'ensemble des citoyens et devraient être éligibles à des charges publiques". En République fédérale d'Allemagne, les enseignants sont en effet libres de participer à la vie publique. Lorsque c'est le cas, il ne serait pas approprié d'établir une distinction générale selon l'acceptabilité supposée des orientations politiques respectives. Il convient de noter qu'il s'agit en l'occurrence d'organisations légales ayant le droit de participer à la vie politique et aux mécanismes constitutionnels du pays.

570. A la lumière des considérations qui précèdent, il apparaît à la commission que, dans la plupart des cas concernant des enseignants dont elle a été saisie, la justification des mesures prises, que celles-ci comportent l'exclusion ou la tentative d'exclusion du service public ou l'application de sanctions disciplinaires, n'a pas été établie.

571. Une autre question plus spécifique appelle des commentaires, à savoir les problèmes rencontrés dans certains Länder pour avoir accès au service préparatoire qui constitue une partie de la formation requise pour devenir un enseignant qualifié. L'attention de la commission a été attirée en particulier sur les difficultés rencontrées en Bade-Wurtemberg et en Bavière par des personnes qui avaient exercé une activité dans certaines organisations politiques de gauche au cours de leurs études pour être admises au service préparatoire des enseignants. Un important contentieux a eu lieu pour obtenir la reconnaissance du droit à une telle formation, sur la base du principe énoncé par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision du 22 mai 1975 selon lequel, lorsqu'une période d'emploi dans le service public est exigée comme une condition de formation pour des occupations qui peuvent également être exercées hors du service

public, la possibilité d'une telle formation doit être accordée. Les deux Länder susvisés ont fixé des conditions aux termes desquelles le service préparatoire des enseignants doit dans tous les cas être effectué avec le statut de fonctionnaire et ont invoqué les exigences strictes de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral pour refuser l'admission au service préparatoire dans des cas où les tribunaux du travail avaient auparavant reconnu le droit d'accomplir un tel service en vertu d'un contrat de travail. Dans une décision de 1982, le Tribunal du travail du Land de Bade-Wurtemberg a exprimé des doutes quant à la nécessité d'imposer une telle condition, étant donné que les autorités du Land ont depuis longtemps l'habitude d'employer des enseignants qui ont achevé leur formation également en vertu de contrats de travail. Les autorités de Bade-Wurtemberg, en discutant de cette question avec la commission, ont fait observer que la décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 1975 concernait le service préparatoire des juristes et, partant, n'était pas directement applicable dans le cas des enseignants. Cependant, le Tribunal fédéral du travail, dans des jugements du 2 octobre 1986, a décidé que les autorités de Bade-Wurtemberg doivent offrir une possibilité d'accéder à la formation préparatoire des enseignants, même dans les cas où il existe des doutes quant à la fidélité à la Constitution du candidat. La commission suppose que ces décisions permettront de résoudre ce problème particulier. Dans le cas de la Bavière, le Tribunal fédéral du travail doit encore se prononcer sur le même problème.

572. Même si la question de l'admission au service préparatoire des enseignants trouve une solution, le problème de l'admission à l'emploi après l'accomplissement de la formation demeurera. A cet égard, la commission se réfère aux observations qu'elle a formulées au sujet de l'incidence d'activités ou d'affiliations politiques particulières sur l'emploi des enseignants dans le service public.

573. Conclusion générale concernant l'application de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111. Il paraît utile de récapituler les points ressortant de l'examen précédent des divers aspects qui entrent en ligne de compte pour apprécier la justification des mesures prises en République fédérale d'Allemagne aux termes de l'article 1, paragraphe 2. D'un examen des divergences de politique et de pratique parmi les différentes autorités de la République fédérale dans l'application des dispositions relatives au devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral, il ressort que le critère plus rigoureux adopté par les autorités de certains Länder, ainsi que dans certains services au niveau fédéral, établit des conditions qui vont plus loin qu'il n'est nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du service public. Dans les cas spécifiques dont la commission a été saisie, sauf dans certains cas de comportement fautif mentionnés par le gouvernement ou ses témoins, les activités sur la base desquelles on a cherché à écarter des personnes du service public semblent n'avoir eu aucun effet défavorable sur l'exécution de leurs tâches ou sur le fonctionnement du service en question, et il n'a pas été établi que le maintien en fonction des personnes concernées aurait un tel effet. Le souci d'assurer le fonctionnement du service public en période de crise ou de conflit permettrait aux pouvoirs publics de

considérer la loyauté politique comme une qualification exigée pour l'emploi à certains postes, compte tenu de la nature des fonctions exercées; toutefois, une telle condition ne devrait pas être étendue à l'emploi des fonctionnaires dans le service public en général. L'application non différenciée du devoir de fidélité à tous les fonctionnaires, indépendamment de l'effet que leur attitude ou leurs activités politiques peuvent avoir sur l'exercice des fonctions qui leur sont assignées, ne paraît pas correspondre aux qualifications exigées de toutes les formes de travail dont il s'agit. Un examen des cas dont la commission a été saisie en ce qui concerne les enseignants, qui constituent le principal groupe professionnel touché par les mesures fondées sur le devoir de fidélité, fait apparaître que, dans la plupart des cas, la justification de leur exclusion du service public ou des autres mesures prises n'a pas été établie. A la lumière des considérations qui précèdent, la commission conclut qu'à divers égards les mesures prises en application du devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral ne sont pas restées dans les limites des restrictions autorisées par l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111 sur la base des qualifications exigées pour un emploi déterminé.

Activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat - applicabilité de l'article 4 de la convention no 111 aux mesures examinées dans la présente enquête

574. Le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a fait observer que l'ordre fondamental démocratique et libéral est le coeur de l'Etat et de l'ordre constitutionnel de la République fédérale et que toute attaque contre cet ordre fondamental est préjudiciable à la sécurité de l'Etat au sens de l'article 4 de la convention no 111. Le gouvernement a également fait observer que, en examinant cette question, il est nécessaire de se référer aux conditions particulières régnant dans chaque Etat. A la lumière de la situation géographique spécifique et des événements qui ont marqué l'histoire de la République fédérale, le gouvernement considère que les mesures prises en application du devoir de fidélité à l'ordre démocratique et libéral entrent dans le cadre de l'exception prévue à l'article 4<sup>75</sup>.

575. En vertu des dispositions de l'article 4 "ne sont pas considérées comme des discriminations toutes mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou dont il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, pour autant que ladite personne a le droit de recourir à une instance compétente établie suivant la pratique nationale."

576. Au chapitre 3, la commission a noté certaines observations sur la portée de ces dispositions formulées par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. La commission d'experts a souligné, plus particulièrement, que

l'exception devait être fondée sur des "activités" préjudiciables à la sécurité de l'Etat (qui doivent être prouvées ou faire l'objet d'une suspicion légitime pour des motifs suffisamment graves), à l'exclusion de tout procès d'intention; que toutes mesures prises non pas en considération d'activités individuelles mais en fonction de l'appartenance à un groupe ou à une collectivité déterminée constituent une discrimination au sens de la convention; et que la définition du terme "sécurité de l'Etat" devrait être suffisamment rigoureuse pour ne pas risquer d'entrer en contradiction avec la politique de non-discrimination préconisée par la convention.

577. Il semble indiqué de faire quelques commentaires sur la relation entre l'exception prévue à l'article 1, paragraphe 2, de la convention et celle qui figure à l'article 4. Des considérations relatives à la sécurité de l'Etat peuvent justifier l'application de conditions spéciales de fiabilité, d'intégrité et de loyauté pour l'emploi dans des fonctions déterminées. Lorsqu'il peut être établi que de telles conditions sont requises par la nature du travail ou des fonctions concernées, elles peuvent être considérées comme des qualifications exigées pour un emploi déterminé au sens de l'article 1, paragraphe 2. En pareil cas, elles peuvent être imposées même si la condition spécifique mentionnée à l'article 4 - à savoir une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou le fait de se livrer effectivement à une telle activité - n'est pas remplie. Ceci souligne, cependant, l'importance de l'une des remarques formulées par la commission d'experts et mentionnée plus haut, à savoir que, pour l'application de l'article 4 de la convention, les cas dans lesquels il existe une preuve ou une suspicion légitime fondée sur des motifs suffisamment graves que les personnes concernées se sont livrées à des activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat doivent être distingués des simples intentions. Dans ce contexte également il faut tenir compte des principes de nécessité et de proportionnalité.

578. Dans aucun des cas dont la commission a été saisie il n'a été allégué que les personnes concernées s'étaient livrées à des activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat. Lors de l'audition devant la commission, ce fait a été confirmé, par exemple pour leurs domaines de compétence respectifs, par le Procureur disciplinaire fédéral et par le chef du Département du personnel du ministère des Postes et Télécommunications<sup>76</sup>. Il n'a été question dans tous les cas que d'activités politiques légales et publiques. Lorsque les intéressés se sont portés candidats à des élections ou ont exercé un mandat électif, ils l'ont fait conformément au processus électoral normal et dans l'exercice de leurs droits constitutionnels. Leur conduite au cours de ces activités n'a donné lieu à aucun reproche. L'accusation d'identification à des objectifs hostiles à l'ordre fondamental a été fondée sur une évaluation des intentions présumées du parti ou de l'organisation auxquels ils étaient associés; sauf sur un point (qui est examiné ci-dessous), il n'a été fait référence à aucun acte spécifique dirigé contre l'ordre fondamental.

579. En considérant les cas d'exclusion du service public des personnes associées au Parti communiste allemand (DKP), les pouvoirs publics non seulement se sont fondés sur les objectifs du parti tels qu'ils ressortent de son programme, mais ont aussi déclaré que le parti diffamait l'ordre constitutionnel existant. A cet égard, ils ont évoqué, par exemple, les critiques de l'ordre économique existant et sa description comme "exploitation capitaliste", la campagne contre les "interdictions professionnelles" et l'insistance spéciale sur des aspects négatifs de la vie de la République fédérale, sans faire mention de ses réalisations positives<sup>77</sup>. Il semblerait que ce dont il s'agit ici est essentiellement l'expression d'opinions politiques et non d'activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat au sens de l'article 4 de la convention.

580. Il convient de noter que, dans certains des cas dont la commission a été saisie, les personnes concernées ont été transférées parce qu'il a été jugé souhaitable de les affecter à un travail qui n'était pas "sensible" du point de vue de la sécurité. Toutefois, parmi les cas portés à la connaissance de la commission dans lesquels, sur la base des dispositions relatives au devoir de fidélité, l'admission à un emploi public a été refusée ou des mesures ont été prises en vue d'exclure un agent public de l'emploi, on n'en relève aucun dans lequel on ait cherché à justifier la décision en se fondant sur le caractère "sensible" du point de vue de la sécurité du travail disponible. Il est particulièrement évident que des considérations de ce genre n'ont joué aucun rôle dans les nombreux cas concernant les enseignants.

581. Dans ces conditions, la commission considère que les mesures prises en application du devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral, telles que concrétisées par les cas dont elle est saisie, n'entrent pas dans le cadre de l'exception prévue à l'article 4 de la convention.

#### Recommandations

582. Compte tenu des conclusions qui précèdent, la commission est appelée à formuler des recommandations sur les mesures qu'elle considère comme appropriées pour surmonter les difficultés qui existent dans l'application de la convention no 111. La commission désire souligner qu'en élaborant ces recommandations elle a pleinement reconnu la valeur et l'importance des dispositions contenues dans la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne qui garantissent les droits et libertés individuels et posent les bases d'un Etat démocratique fondé sur le droit. La commission ne voudrait pas non plus mettre en question la légitimité du désir des autorités de protéger et de maintenir ces caractéristiques essentielles de l'ordre constitutionnel du pays. Ce dont il s'agit, c'est de savoir comment circonscrire les mesures prises afin d'assurer un juste équilibre entre les droits et libertés individuels et les intérêts de la communauté en général.

583. On peut rappeler à cet égard que la Cour constitutionnelle fédérale, dans sa décision du 22 mai 1975, a souligné le danger qu'une approche excessivement stricte en la matière ne puisse empoisonner l'atmosphère politique, porter atteinte à la confiance dans la démocratie et discréditer l'Etat libéral. Cette mise en garde a été rappelée par la Chambre fédérale dans une résolution d'octobre 1975 et par le gouvernement fédéral lorsqu'il a élaboré les directives révisées de 1979. L'adoption d'une approche qui se fonde sur la présomption que les citoyens sont fidèles à l'ordre fondamental, qui ne met en doute cette présomption que lorsqu'un tel doute est justifié par des faits suffisamment sérieux, qui considère la participation à la vie politique et au processus constitutionnel comme un signe d'adhésion à l'ordre fondamental plutôt que de son rejet, pourrait aboutir à une plus grande adhésion de tous les éléments de la société au jeu des institutions.

584. La commission recommande que les mesures existantes relatives au devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral soient réexaminées par les différentes autorités en République fédérale d'Allemagne, compte dûment tenu des conclusions de la commission, et que des mesures soient prises pour assurer que seules soient maintenues des restrictions qui correspondent aux qualifications exigées pour un emploi déterminé, au sens de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111 ou qui peuvent être justifiées aux termes de l'article 4 de la convention.

585. La commission recommande qu'à cet égard les considérations suivantes soient prises en compte. C'est l'aptitude à l'emploi qui devrait être considérée comme le critère essentiel (comme le gouvernement fédéral lui-même l'a fait dans ses commentaires de juin 1986). L'article 33, paragraphe 2, de la loi fondamentale dispose déjà que "tous les Allemands ont égalité d'accès aux emplois publics selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leur rendement professionnel." A cet égard, le principe de proportionnalité - qui ferait partie du droit administratif de la République fédérale - devrait être respecté. Ce principe implique, en premier lieu, que dans la jouissance des droits et libertés accordés aux citoyens en général les agents publics ne devraient pas être soumis à de plus grandes limitations qu'à celles qui s'avèrent nécessaires pour assurer le fonctionnement des institutions de l'Etat et des services publics. Comme la commission l'a déjà indiqué, il découle également du principe de proportionnalité que la question de savoir si un candidat à un poste dans le service public ou un agent public a les aptitudes requises pour être recruté ou pour continuer à être employé doit dans chaque cas être jugée par rapport aux fonctions exercées dans le poste spécifique en cause et aux conséquences que le comportement concret de la personne concernée peut avoir sur sa capacité à assumer et à exercer ces fonctions.

586. En prenant les mesures susmentionnées, on pourra s'inspirer de certaines politiques, pratiques et décisions qui ont déjà cours en République fédérale d'Allemagne. Ainsi, on peut se référer à l'approche adoptée par certains Länder, caractérisée, entre autres,

par la présomption de fidélité des candidats au recrutement dans le service public et par le fait de ne pas considérer des activités pour des partis politiques légaux comme incompatibles avec la fidélité à l'ordre fondamental, en l'absence d'un comportement spécifique contraire aux devoirs liés à la position en question. En ce qui concerne les personnes déjà employées dans le service public, on peut également se référer aux dispositions contenues dans le projet de loi présenté à la Chambre fédérale en 1982, aux termes duquel, en évaluant les conséquences disciplinaires d'activités en dehors du service d'un fonctionnaire, il fallait tenir compte de la nature et de l'étendue du comportement, des tâches assignées à la personne concernée et de ses droits fondamentaux, notamment de sa liberté d'expression<sup>78</sup>.

587. Dans le cas de candidats à l'emploi dans la fonction publique, il paraît important de ne pas attribuer une importance excessive aux activités menées à une époque où ils n'étaient pas liés par une relation de travail d'agent public et de leur permettre de montrer, une fois qu'ils sont engagés dans une telle relation, qu'ils respecteront les obligations qui y sont attachées. Il convient de garder à l'esprit qu'étant donné le caractère probatoire de la nomination initiale des fonctionnaires et la période obligatoire de service préparatoire dans un emploi public faisant partie de la formation pour certaines professions le comportement concret dans le service peut être normalement observé et évalué pendant une période de cinq à sept ans avant qu'il ne soit nécessaire de procéder à la nomination en tant que fonctionnaire à vie, comportant une grande sécurité d'emploi.

588. Les observations qui précèdent montrent qu'il existe différents moyens pour mettre la situation en République fédérale d'Allemagne pleinement en conformité avec les dispositions de la convention no 111. On peut rappeler que les Länder qui ont adopté une approche moins stricte dans l'application du devoir de fidélité l'ont fait au moyen de décisions ne comportant pas de modification des dispositions législatives relatives à ce devoir. Il incombe donc au gouvernement fédéral et aux autorités des différents Länder d'examiner la nature exacte des mesures à prendre pour rendre pleinement effectif le respect de la convention dans cette matière. Il convient toutefois de garder à l'esprit qu'en vertu de l'article 3 b) de la convention les Etats qui la ratifient s'engagent à promulguer des lois propres à assurer l'acceptation et l'application de la politique nationale d'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession. La commission recommande en conséquence que, si les changements nécessaires ne peuvent être réalisés par d'autres moyens, des mesures législatives appropriées soient adoptées.

589. La commission considère souhaitable que, autant que possible, des critères uniformes soient appliqués en la matière dans l'ensemble de la République fédérale pour juger l'aptitude à l'emploi dans le service public et que ces critères soient incorporés dans des textes garantissant leur application, indépendamment de la constellation politique, à un moment donné, des différentes autorités

employeurs concernées. Ces critères devraient également être rendus effectifs au niveau des autorités locales.

590. Dans le cas des personnes employées dans le service public en vertu d'un contrat de travail, le devoir de fidélité est réglementé non par la loi mais par convention collective. La commission recommande que les adaptations nécessaires soient également introduites en ce qui concerne ces agents publics. Ceci impliquera évidemment des consultations et des négociations avec les syndicats représentatifs de ces travailleurs.

591. La commission rappelle que, conformément à l'article 3 a) de la convention no 111, les Etats qui l'ont ratifiée devraient s'efforcer d'obtenir la collaboration des organisations d'employeurs et de travailleurs et d'autres organismes appropriés pour favoriser l'acceptation et l'application de la politique d'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession. Il convient donc de consulter les organisations en question (en particulier les syndicats représentant les personnes occupées dans le service public) sur les différentes mesures propres à donner effet aux recommandations de la commission.

592. La commission n'est pas appelée à examiner individuellement les cas découlant de l'application des dispositions sur le devoir de fidélité qui ont été portés à son attention. Il est évident, cependant, que les mesures adoptées en réponse aux recommandations qui précèdent peuvent avoir des implications pour le règlement d'un certain nombre de cas actuellement pendants. Il incombera aux autorités concernées d'examiner ces implications. La commission rappelle, en outre, que, dans certains cas où les autorités ont, au cours des dernières années, modifié leur approche en la matière, ils ont donné la possibilité aux personnes touchées par des mesures prises en application de politiques antérieures d'être à nouveau considérées pour un emploi. Elle recommande que les autorités compétentes aillent examiner des arrangements similaires.

593. Aux termes de l'article 28 de la Constitution, la commission devrait indiquer les délais dans lesquels les mesures qu'elle recommande devraient être prises. Elle se rend compte que de larges consultations avec différentes autorités ainsi qu'avec d'autres parties intéressées seront nécessaires pour arrêter les mesures à prendre, et que les délais dans lesquels les décisions nécessaires peuvent être prises dépendront également de la nature de ces mesures. Dans ces circonstances, la commission estime préférable de ne pas suggérer de calendrier précis. Elle recommande que les mesures en question soient prises dès que possible, et que le gouvernement fédéral fournisse des informations détaillées sur tous les développements intervenus dans les rapports annuels sur l'application de la convention no 111, à présenter conformément à l'article 22 de la Constitution de l'OIT.

\*

\* \*

594. La commission souhaite exprimer son appréciation de la collaboration qu'elle a reçue de la part des autorités de la République fédérale d'Allemagne tout au long de la présente enquête et de leur ferme désir de respecter les obligations assumées par leur pays en vertu de la Constitution et des conventions internationales du travail. Les informations et arguments détaillés que le gouvernement fédéral a présentés à la commission l'ont beaucoup aidée à parvenir à une compréhension claire de la situation et des questions appelant une décision. La commission est persuadée qu'une approche tout aussi constructive dans l'examen des conclusions et recommandations formulées dans ce rapport permettra de renforcer la coopération internationale, tout en faisant sortir du domaine des controverses une question qui, tant à l'intérieur du pays qu'en dehors de ses frontières, a pu donner l'image d'une démocratie moins fermement enracinée que quarante ans de réalisations remarquables ne le justifient en fait.

Genève, 26 novembre 1986.

(Signé) Voitto Saario,  
Président.

Dietrich Schindler.

Caracas, 5 décembre 1986.

(Signé) Gonzalo Parra-Aranguren.

Le Professeur Parra-Aranguren a signé le rapport sous réserve de l'opinion dissidente ci-après:

GONZALO PARRA-ARANGUREN ne partage pas l'avis de la majorité de la commission, notamment pour les raisons suivantes:

Premièrement: Le soussigné est fermement convaincu qu'il existe des règles impératives de droit international public qui sont obligatoires pour les Etats et qui ne sauraient être invalidées ou modifiées par des traités bilatéraux ou multilatéraux. Ce point de vue, généralement accepté de nos jours, s'exprime clairement dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (23 mai 1969), dont l'article 53 déclare nul tout traité "qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général", c'est-à-dire "une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère". En outre, l'article 64 de ladite convention stipule que, "si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin".

Certes, il reste à savoir quelles règles il convient de considérer comme des règles impératives du droit international général, question à laquelle la Convention de Vienne n'apporte pas de réponse. Cette situation peut soulever des difficultés dans certains domaines juridiques, mais le soussigné estime que, sans l'ombre d'un doute, il faut admettre que les règles qui reconnaissent les droits fondamentaux de l'être humain font partie du jus cogens (droit impératif) et que, par conséquent, tout Etat doit s'y conformer et les respecter, non seulement dans ses relations avec les autres Etats, mais aussi vis-à-vis de la communauté internationale.

Deuxièmement: La République fédérale d'Allemagne, ainsi qu'il est indiqué au chapitre 10, paragraphe 506, a notamment fait valoir pour justifier sa position que les mesures soumises à l'examen de la commission "sont destinées à protéger les éléments essentiels de l'ordre fondamental démocratique et libéral", et elle "considère qu'une convention de l'OIT visant à garantir les droits de l'homme ne devrait pas être interprétée de manière à protéger des personnes qui préconisent un système totalitaire". Pour soutenir ce point de vue, le gouvernement a cité l'article 5, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966.

La majorité de la commission a rejeté cet argument et, après avoir déclaré qu'"il convient de noter que la structure et l'approche adoptées respectivement dans les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme et dans la convention no 111 sont sensiblement différentes", elle a formulé, au paragraphe 507, les conclusions suivantes:

La convention no 111 de l'OIT se limite à la question spécifique de l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et d'occupation. Elle prévoit d'une façon assez détaillée l'action que les gouvernements doivent entreprendre en vue d'éliminer la discrimination dans ce domaine. Elle définit ce qu'il convient de considérer comme une discrimination aux fins de la convention et indique expressément certaines circonstances qui ne seront pas considérées comme telle. Il semble difficile d'introduire dans la convention, outre les clauses d'exception expresses, une exception implicite découlant d'autres instruments, d'une conception très différente. Il convient de noter, d'ailleurs, que des difficultés ont été rencontrées pour déterminer la portée et l'effet précis de la disposition des pactes à laquelle le gouvernement s'est référé.

Troisièmement: Le soussigné ne peut accepter ces conclusions car, selon lui, tout traité, qu'il soit bilatéral ou multilatéral, doit respecter les règles impératives du droit international général, en l'espèce celles qui consacrent les droits fondamentaux de l'être humain. En conséquence, il ne s'agit pas ici d'accepter une nouvelle exception implicite à la convention no 111 mais d'insister que ladite convention doit respecter les normes du jus cogens et être lue dans le cadre établi par ces normes, que l'on ne saurait interpréter cette

convention de manière à protéger des personnes qui défendent, même par des moyens pacifiques, des idées allant à l'encontre des droits fondamentaux de l'être humain, car ces idées contredisent des droits reconnus par les règles impératives du droit international général.

Quatrièmement: Il est vrai que la République fédérale d'Allemagne, à l'appui de son argument, a seulement invoqué l'application éventuelle de l'article 5, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966, mais, d'après le soussigné, la question que la commission doit trancher est plus large et concerne le rapport entre les traités et les règles du jus cogens en droit international général. En conséquence, on ne saurait rejeter l'argument examiné, comme le fait la majorité de la commission, en déclarant que "la structure et l'approche" adoptées dans les deux conventions "sont sensiblement différentes". Ce raisonnement laisse sans réponse la question plus importante que soulève la nécessaire subordination de la convention no 111 aux règles impératives du droit international général consacrant les droits fondamentaux de l'être humain, subordination qui est plus évidente encore dans le cas de la convention no 111 étant donné les origines historiques de cet instrument et les objectifs visés par l'OIT, tels qu'ils sont résumés au chapitre 3, paragraphes 67 à 71.

Cinquièmement: La majorité de la commission soutient (paragraphe 508) qu'une conduite "visant à détruire les droits et les libertés" peut entraîner uniquement "une condamnation et une peine en vertu de dispositions pénales". Le soussigné ne peut accepter cette affirmation car il estime que, abstraction faite de sanctions pénales, une telle conduite ne saurait être protégée par aucun traité, et moins encore par la convention no 111, car elle est contraire à des exigences spécifiques de règles impératives du droit international général.

Sixièmement: Le soussigné ne peut non plus accepter l'affirmation de la majorité de la commission (paragraphe 509) selon laquelle les cas en question concernent "des personnes qui ont eu un comportement légal et qui jouissent pleinement de leurs droits civiques". Il est fort étrange de soutenir qu'une conduite est légale sans avoir examiné si le comportement en question préconise ou non la violation de règles impératives du droit international général consacrant les droits fondamentaux de l'être humain qui constituent la base de l'ordre démocratique libre, tels qu'ils sont énoncés dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne.

Septièmement: Au paragraphe 518, la majorité de la commission fait référence à certaines allégations de la République fédérale d'Allemagne et, au paragraphe 519, elle ajoute:

Les arguments susvisés soulèvent plusieurs questions, dont celle de savoir si le programme du DKP et d'autres partis ou organisations considérées comme ayant des objectifs hostiles à la Constitution entraînerait des changements dans des dispositions

intangibles de la loi fondamentale et, dans l'affirmative, si ces changements amèneraient le parti ou l'organisation considérée à entreprendre une action de caractère inconstitutionnel ou, au contraire, imposeraient des limites légales à l'action qui pourrait être entreprise. La commission estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions dans le présent contexte, à savoir dans l'examen de la portée de la définition du terme "discrimination" figurant à l'article 1, paragraphe 1, de la convention. La question décisive qui se pose ici est celle de savoir si l'on peut exclure de la définition susmentionnée et, partant, entièrement du champ d'application de la convention no 111 le fait de préconiser et de poursuivre des objectifs politiques sous une forme dont chacun admet la légalité. C'est là, cependant, une question qui demande à être considérée dans le cadre des dispositions de l'article 1, paragraphe 2 (distinctions fondées sur les qualifications exigées pour des emplois déterminés); elle ne permet pas de justifier des distinctions dans le cadre de la définition établie à l'article 1, paragraphe 1.

Le soussigné ne peut admettre ces affirmations, car il estime que la commission aurait dû examiner si les mesures, objet de la présente enquête, ont été prises ou non en vue de protéger les droits fondamentaux de l'être humain. Or aucune investigation n'a été faite sur ce point et, en conséquence, il n'est pas possible à la commission de décider si la conduite de la République fédérale d'Allemagne est conforme à la convention no 111 ou non, car on ne saurait retenir l'existence d'une violation si les mesures en question visaient à protéger les droits fondamentaux de l'être humain, tels qu'ils s'expriment dans l'ordre démocratique fondamental que consacre la Constitution de la République fédérale d'Allemagne. En conséquence, le soussigné ne peut approuver - et n'approuve pas - les constatations, les conclusions et les recommandations de la majorité de la commission.

Caracas, 5 décembre 1986.

(Signé) Gonzalo Parra-Aranguren.

Le Président et le Professeur Schindler, après avoir été informés de la déclaration ci-dessus du Professeur Parra-Aranguren, ont décidé d'ajouter les observations suivantes:

1. L'opinion dissidente du Professeur Parra-Aranguren se limite à une affirmation générale du jus cogens et à une réserve sur les constatations, conclusions et recommandations de la majorité de la commission, mais elle n'examine pas les questions juridiques décisives qui sont pertinentes en la matière.

2. Le jus cogens existe indubitablement en droit international public. De même, il est communément admis que les règles reconnaissant les droits fondamentaux de l'être humain font partie du jus cogens. La Cour internationale de justice l'a implicitement confirmé en se

référant à "certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité"<sup>79</sup>. On peut admettre, en outre, que la notion de "démocratie combattante" développée en République fédérale d'Allemagne après la deuxième guerre mondiale, de même que le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral sont destinés à protéger parmi d'autres valeurs les droits fondamentaux de l'être humain qui font partie de l'ordre fondamental démocratique et libéral. Il n'est pas nécessaire de procéder à un examen plus approfondi de ces questions.

3. Toutefois, le fait que des mesures gouvernementales sont destinées à protéger des droits de l'homme n'implique pas qu'elles sont nécessairement légitimes à tous égards. Une mesure destinée à protéger des droits de l'homme ou des droits de certains groupes de personnes peut porter atteinte à d'autres droits de l'homme ou aux droits d'autres groupes. D'un autre côté, le fait qu'une personne préconise un ordre qui pourrait être en conflit avec des droits de l'homme ne libère pas un Etat de son obligation d'appliquer les conventions internationales à cette personne. Le jus cogens a pour conséquence uniquement que toutes les normes des traités qui sont en contradiction avec celui-ci sont nulles, mais il n'a pas pour conséquence qu'un traité qui est en harmonie avec le jus cogens - comme c'est le cas pour la convention no 111 - ne devrait plus s'appliquer à des personnes qui préconisent un ordre qui pourrait être en conflit avec des droits de l'homme. Le Professeur Parra-Aranguren attribue au jus cogens un sens qu'il n'a ni selon la Convention de Vienne sur le droit des traités, ni selon la doctrine communément admise du jus cogens. Faire perdre tous les droits découlant de conventions internationales portant sur les droits de l'homme à des personnes qui défendent des idées pouvant être en contradiction avec les droits de l'homme serait contraire à l'idée même des droits de l'homme et reviendrait à un déni de ces droits. Une telle notion non seulement ne trouve pas de fondement dans le droit relatif aux droits de l'homme et dans la doctrine du jus cogens mais mettrait aussi gravement en cause le principe "pacta sunt servanda". La perte de droits fondamentaux n'intervient que si elle est prévue dans une convention.

4. Il est important de noter à cet égard que l'article 5, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, de même que les dispositions analogues de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 18 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, qui prévoient la perte des droits de l'homme, limitent celle-ci à certains droits spécifiques. Jamais une personne qui abuse des droits ne perd l'ensemble des droits découlant des conventions sur les droits de l'homme<sup>80</sup>. Dans le cas de la République fédérale d'Allemagne, les droits dont la perte peut être prononcée sont limitativement énumérés.

5. Au sujet de la convention no 111, qui ne contient aucune disposition prévoyant la perte de droits, on ne peut supposer qu'une telle exception existe implicitement. Comme cela a été souligné, une telle exception ne peut pas non plus être déduite du jus cogens.

6. Le rapport de la commission souligne à bon droit que la convention no 111 n'admet pas d'autres exceptions que celles qui figurent dans la convention elle-même. Ces exceptions prennent suffisamment en compte les nécessités de la sécurité des Etats. Des personnes qui prônent un ordre qui est en contradiction avec l'ordre fondamental démocratique et libéral et avec les droits de l'homme peuvent être exclues de tout poste pour lequel un comportement sans équivoque à l'égard de l'ordre fondamental démocratique et libéral et des droits de l'homme doit être considéré comme une qualification essentielle pour l'emploi, tel que cela est expliqué dans le chapitre 10 du présent rapport.

3 février 1987.

(Signé) Voitto Saario,  
Dietrich Schindler.

\*  
\* \*

Les membres de la commission désirent exprimer à M. Francis Blanchard, Directeur général du Bureau international du Travail, ainsi qu'à son personnel leur appréciation des services qu'ils ont reçus au cours de l'enquête. Ils souhaitent manifester à M. Thiécouta Sidibé, directeur du Département des normes internationales du travail, leur reconnaissance pour son aide et ses conseils précieux. Ils remercient tout particulièrement M. Klaus Samson, Mme Jacqueline Ancel-Lenners et M. Edward Sussex des efforts inlassables qu'ils ont déployés pour fournir à la commission l'appui nécessaire des services de secrétariat. Ils remercient également M. Kurt Händler, directeur du bureau du BIT à Bonn, de l'aide que lui-même et son personnel ont apportée pour permettre le déroulement harmonieux et efficace de la visite en République fédérale d'Allemagne.

V.S.

D. Sch.

G.P.A.

#### Notes

NB. Les références ci-dessous à des déclarations faites pendant les auditions de témoins indiquent la séance et la page du compte rendu des auditions (version en langue allemande).

<sup>1</sup> Voir chap. 2, paragr. 34 et 56.

<sup>2</sup> Meister, II/13-14; Bitterwolf, III/19-20; Däubler, VI/6-7; Ratz, VII/6-7; Paech, XII/11.

<sup>3</sup> Cas de Julia Glasenapp, Rolf Kosiek, Rüdiger Quær et Ulrich Eigenfeld - voir chap. 6.

<sup>4</sup> Voir Jean Zarras: Le contrôle de l'application des conventions internationales du travail, Sirey, Paris, 1937, pp. 220-221; Nicolas Valticos: Droit international du travail, deuxième édition, Dalloz, Paris, 1983, p. 607.

<sup>5</sup> Voir chap. 6.

<sup>6</sup> Voir BIT, Bulletin officiel, vol. LXI, 1978, série A, no 3, supplément, annexe III.

<sup>7</sup> Ibid., annexes V et VI.

<sup>8</sup> BIT, Bulletin officiel, vol. LXVI, 1983, série B, no 1, pp. 184-185, paragr. 28.

<sup>9</sup> BIT, Bulletin officiel, vol. LXV, no 2, avril 1962, supplément II.

<sup>10</sup> BIT, Bulletin officiel, vol. LXVI, 1983, série B, supplément spécial.

<sup>11</sup> Voir le rapport concernant le Portugal, op. cit., paragr. 754-760, et le rapport concernant la République dominicaine et Haïti, op. cit., paragr. 508-511 et 544-545.

<sup>12</sup> BIT, Bulletin officiel, vol. LX, 1977, série B, no 3, p. 15, paragr. 78.

<sup>13</sup> BIT, Bulletin officiel, vol. LIV, 1971, no 4, p. 8, paragr. 47.

<sup>14</sup> Voir A.A. Cançado Trindade: The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law, Cambridge University Press, 1983, chap. 4.

<sup>15</sup> Ibid., p. 181.

<sup>16</sup> BVerfle 39, pp.359-360.

<sup>17</sup> Voir chap. 6, paragr. 250-252.

<sup>18</sup> Bitterwolf a été condamné pour insulte envers le ministre-Président de Bavière; toutefois, selon le Tribunal administratif de Bavière, ceci n'était pas suffisant pour mettre en cause son aptitude à l'emploi; voir chap. 6, paragr. 347.

<sup>19</sup> Voir chap. 5, paragr. 214-220.

<sup>20</sup> Voir chap. 4, paragr. 102.

<sup>21</sup> Paech, I/25, XI/24-25; Däubler, V/21.

<sup>22</sup> Voir chap. 6 et Ortmann, VII/13-14, 21; Metz, VIII/11; Frisch, IX/14-16; Ziegler, XIII/10-12.

<sup>23</sup> Bitterwolf, III/3; Ratz, VI/16; voir également chap. 6, paragr. 351, 357, 360 et 362.

<sup>24</sup> Voir, par exemple, la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 22 mai 1975, BVerfG 39, pp. 352-354; également, chap. 6, paragr. 349 et 359.

<sup>25</sup> Voir chap. 6, paragr. 265 à 268.

<sup>26</sup> Par exemple, Bade-Wurtemberg: Engel; Rhénanie-Palatinat: Barthel, Burkart; Schleswig-Holstein: Bürger, Königs.

<sup>27</sup> Par exemple, Bade-Wurtemberg: Lipps, Rhénanie-Palatinat: Lachmann.

<sup>28</sup> Par exemple, Basse-Saxe: Eckartsberg, Klüver, Müller, Schön, Wilhelmer; Rhénanie-Palatinat: Fronemann, Jung.

<sup>29</sup> Par exemple, Bade-Wurtemberg: Groenevold; Basse-Saxe: Eckartsberg, Flessner, Klüver, Lange, Lepa, Marks, Pannemann, Paulus, Schultze-Kranert.

<sup>30</sup> Par exemple, Basse-Saxe: Lammers, Müller, M. Schachtschneider, Schön.

<sup>31</sup> Claussen, X/5-6; voir également Freundlieb, XI/13.

<sup>32</sup> Voir description des cas dans le chapitre 6.

<sup>33</sup> Par exemple, Hambourg (Scheer), Hessen (Bastian, Brück, Elsinger, Mende, Momberger, Repp) et Rhénanie-du-Nord-Westphalie (Hütter); voir également chap. 6, paragr. 284.

<sup>34</sup> Voir, par exemple, la décision du Tribunal disciplinaire de Basse-Saxe dans le cas Eckartsberg ayant conclu qu'il avait objectivement violé le devoir de fidélité (chap. 5, paragr. 228; chap. 6, paragr. 369), du Tribunal administratif du Bade-Wurtemberg dans le cas Fronemann (chap. 6, paragr. 334; cette décision a été réformée par le Tribunal administratif fédéral pour une question de procédure, ibid., paragr. 335) et du Tribunal de première instance dans le cas Jung en Rhénanie-Palatinat (chap. 5, paragr. 230; chap. 6, paragr. 382).

<sup>35</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie I.

<sup>36</sup> Voir chap. 3, paragr. 85.

<sup>37</sup> Voir chap. 3, paragr. 86.

<sup>38</sup> BIT, Bulletin officiel, vol. 17, 1932, pp. 118-124.

<sup>39</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie III.

<sup>40</sup> De telles difficultés ont été notées, par exemple, par le Comité des droits de l'homme lorsqu'il a examiné le deuxième rapport périodique de la République fédérale d'Allemagne sur l'exécution du Pacte, en avril 1986 - voir les documents des Nations Unies CCPR/C/SR.664 et CCPR/C/SR.667. Voir également, en ce qui concerne des dispositions analogues dans la Convention européenne des droits de l'homme, Frowein/Peukert: Europäische Menschenrechtskonvention, Engel, Kehl, 1985, pp. 338-340.

<sup>41</sup> En vertu de l'article 18 de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, une personne peut, par décision de la Cour constitutionnelle fédérale, être privée de ses droits fondamentaux dans la mesure déterminée par la Cour si cette personne abuse de droits déterminés (liberté d'expression, d'enseignement, de réunion, d'association, etc.) pour combattre l'ordre constitutionnel démocratique et libéral. Dans aucun des cas portés à l'attention de la commission, des mesures n'ont été prises pour invoquer cet article.

<sup>42</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie IV.

<sup>43</sup> Voir chap. 3, paragr. 75.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Voir chap. 7, paragr. 396, point 6.

<sup>46</sup> Voir plus particulièrement la convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, article 1, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, article 1, et la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, article 1. Alors que les deux Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme contiennent des clauses générales relatives à la non-discrimination, ils ne contiennent pas de définition de la "discrimination". Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, par exemple, prévoit en son article 2 que les droits reconnus dans le Pacte seront respectés et garantis "sans distinction aucune, notamment ... d'opinion politique ou de toute autre opinion ...".

<sup>47</sup> Voir chap. 7, paragr. 396, point 7.

<sup>48</sup> Rapport III (partie IV), Conférence internationale du Travail, 47e session, 1963, partie III, p. 237, paragr. 108.

<sup>49</sup> Ibid., p. 198, paragr. 29.

<sup>50</sup> Voir chap. 7, paragr. 398.

<sup>51</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie V.

<sup>52</sup> Conformément à l'article 14 de la convention no 111, les versions française et anglaise du texte font également foi.

<sup>53</sup> Voir, par exemple, le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme du 26 avril 1979 dans le cas *The Sunday Times*, série A, no 30, paragr. 59 et 62, et l'avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 13 novembre 1985 concernant l'affiliation obligatoire à une association prescrite par la loi pour l'exercice du journalisme, paragr. 46 à 79. Pour un examen général de la pratique selon les instruments internationaux pertinents, voir *Human Rights Quarterly*, vol. 7, no 1, fév. 1985, pp. 52 à 56.

<sup>54</sup> Voir paragr. 77 à 80.

<sup>55</sup> Voir chap. 3, paragr. 82.

<sup>56</sup> Rapport III (partie IVA), Conférence internationale du Travail, 63e session, 1977, p. 11, paragr. 31. Le même point a été souligné par la Cour de Justice des Communautés européennes dans des cas concernant la libre circulation des travailleurs en vertu de l'article 48 du Traité de Rome - voir arrêt no 149/79 du 17 décembre 1980 (cas des chemins de fer belges) et arrêt no 66/85 du 3 juillet 1986 (*Lawrie-Blum contre Land Bade-Wurtemberg*).

<sup>57</sup> Voir paragr. 459 ci-dessus.

<sup>58</sup> Voir paragr. 489 à 497.

<sup>59</sup> Frisch, IX/25.

<sup>60</sup> Par exemple, cas de Herbert Bastian (chap. 6, paragr. 275 à 279), Hans Meister (chap. 6, paragr. 298), Hans Peter (chap. 6, paragr. 310 et 311), Helga Lange, Uwe Scheer (chap. 6, paragr. 327).

<sup>61</sup> Par exemple, cas de Klaus Lipps (chap. 6, paragr. 339 et 340), Rüdiger Quaer.

<sup>62</sup> Meister, II/16; Däubler, V/25; Claussen, X/24.

<sup>63</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie V, et paragr. 397, partie IV.

<sup>64</sup> Claussen, X/25.

<sup>65</sup> Voir l'étude soumise en 1982 à la Sous-commission des Nations Unies de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités par Mme Nicole Questiaux, E/CN.4/Sub.2/1982/15, paragr. 41, et *Human Rights Quarterly*, vol. 7, no 1, fév. 1985, pp. 91-98 et 105-112. Pour des déclarations analogues en ce qui concerne les conventions de l'OIT concernant la liberté syndicale, voir rapports des commissions d'enquête ayant examiné le respect des conventions nos 87 et 98 par la Grèce et par la Pologne, BIT, *Bulletin officiel*, vol. LIV, 1971, no 2, supplément spécial,

paragr. 110; *ibid.*, vol. LXVII, 1984, série B, supplément spécial, paragr. 479.

<sup>66</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie V.

<sup>67</sup> Freundlieb, XI/6-7; Doehring, XIV/21; Krause, XV/19.

<sup>68</sup> Voir paragr. 532 à 535.

<sup>69</sup> Par exemple, Juge Simon, juge à la Cour constitutionnelle fédérale dans un jugement du 8 mars 1983, NJW 1983, pp. 1540-1541; Mme Eike Weissenfels, juge au Tribunal du travail, Nuremberg, dans un avis juridique communiqué à la commission.

<sup>70</sup> Deutscher Bundestag, 10. Wahlperiode, 194. Sitzung, 30 janvier 1986, p. 14569.

<sup>71</sup> Däubler, V/7-10; Ortmann, VIII/14; Paech, XI/19; Halberstadt, XIV/5-6; Krause, XV/26-27.

<sup>72</sup> E.W. Böckenförde, C. Tomuschat et D.C. Umbach (éd.): *Extremisten und öffentlicher Dienst*, Nomos, Baden-Baden, 1981, p. 656.

<sup>73</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie V.

<sup>74</sup> Däubler, V/19; Ratz, VI/20; Claussen, X/9-10, 18.

<sup>75</sup> Voir chap. 7, paragr. 395, partie VI.

<sup>76</sup> Claussen, X/16; Freundlieb, XI/11.

<sup>77</sup> Voir en particulier le jugement du Tribunal administratif fédéral du 29 octobre 1981 dans le cas concernant Hans Peter, et le jugement du Tribunal administratif, Hanovre, du 21 décembre 1983 dans le cas concernant Karl-Otto Eckartsberg (réformé pour d'autres motifs n'affectant pas cette conclusion).

<sup>78</sup> On peut se référer également à la position prise par le Tribunal disciplinaire fédéral dans une série de décisions récentes, voir chap. 5, paragr. 232.

<sup>79</sup> Affaire du détroit de Corfou (Fond), CIJ recueil 1949, p. 22. Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, CIJ recueil 1986, pp. 112 et 114, paragr. 215 et 218.

<sup>80</sup> Voir, en ce qui concerne le Pacte international, Thomas Buergenthal: State obligations and permissible derogations, dans Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, p. 89; en ce qui concerne la Convention européenne, voir Affaire Lawless, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 1er juillet 1961, publications de la Cour, série A, 1960-61, p. 45, paragr. 6 et 7, et Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Engel, Kehl, 1985, p. 339.