

STRUCTURE DU SERVICE PUBLIC ET LEGISLATION APPLICABLE
DANS LE SERVICE PUBLIC EN REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

109. Dans le présent chapitre sont examinés la structure constitutionnelle de l'Etat, la structure du service public, les droits fondamentaux garantis par la Constitution, la législation en matière de service public, en particulier la définition du service public et les droits et devoirs des fonctionnaires, la notion de devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral, son application dans des directives au niveau fédéral et des Länder et son interprétation par la jurisprudence.

Structure constitutionnelle de l'Etat

110. Répartition des compétences entre la Fédération et les Länder. La Constitution (loi fondamentale) de la République fédérale d'Allemagne institue un Etat fédéral. La Constitution part du principe de la compétence des Länder, la Fédération n'étant compétente que dans la mesure admise par la Constitution (voir notamment art. 30 et 70 de la Constitution). La Constitution (art. 70 à 75) définit et énumère les domaines de la compétence exclusive, de la compétence concurrentielle ou de la compétence cadre de la Fédération. L'article 31 de la Constitution dispose que le droit fédéral prime sur le droit des Länder. La Fédération a notamment la compétence législative exclusive en matière de chemins de fer fédéraux, de poste fédérale, de réglementation de la situation juridique des personnes au service de la Fédération et des collectivités de droit public directement liées à la Fédération. Elle a une compétence législative concurrente en matière de rémunération des membres du service public qui se trouvent dans une situation de service ressortissant au droit public, pour autant qu'elle ne dispose pas d'une compétence exclusive à cet égard. La Fédération a une compétence cadre - à établir des règles de base - au sujet des relations juridiques des personnes travaillant dans le service public des Länder, des communes et autres collectivités de droit public. La Fédération a également une compétence cadre en ce qui concerne les principes généraux de l'enseignement supérieur. Il résulte de ces dispositions que, sous réserve de la compétence cadre de la Fédération, les Länder sont compétents notamment en matière d'éducation.

111. Pouvoirs législatif et exécutif. Au niveau fédéral, le pouvoir législatif appartient à la Chambre fédérale (Bundestag), élue

au suffrage universel, et au Conseil des Etats (Bundesrat), dont les membres sont désignés par les gouvernements des Länder. Le pouvoir exécutif est exercé par le Président de la République, chef de l'Etat, élu par la Convention fédérale, et par le Chancelier fédéral, élu par la Chambre fédérale et qui est le chef du gouvernement fédéral. Les ministres fédéraux formant avec le Chancelier le Cabinet fédéral sont nommés par le Président de la République sur proposition du Chancelier (art. 38 à 69).

112. Au niveau des Länder, le pouvoir législatif est exercé généralement par une chambre unique élue (un système bicaméral existe en Bavière). Certains Länder sont gouvernés par un cabinet présidé par un ministre-président, élu par la chambre unique. Dans d'autres Länder, l'exécutif appelé Sénat est élu (Bremen, Hamburg); le Sénat désigne un maire (Bürgermeister) (Hamburg, Berlin-Ouest) ou un président de Sénat (Bremen). Le territoire de la Fédération est divisé en communes (Gemeinde) qui dépendent généralement d'un cercle (Landkreis). Ces collectivités sont régies par le droit communal qui relève de la compétence des Länder.

113. Pouvoir judiciaire. En vertu de la Constitution, le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour constitutionnelle fédérale, les tribunaux fédéraux et les tribunaux des Etats (Constitution, art. 92).

114. La juridiction administrative se compose de tribunaux administratifs locaux (Verwaltungsgerichte), régionaux (Oberverwaltungsgerichte ou Verwaltungsgerichtshöfe) ainsi que du Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht). Le Tribunal disciplinaire fédéral (Bundesdisziplinargericht) est chargé de se prononcer en première instance sur les affaires disciplinaires concernant les fonctionnaires fédéraux. Les recours contre les décisions du Tribunal disciplinaire fédéral sont examinés par le Tribunal administratif fédéral. La juridiction du travail comprend trois niveaux, l'instance supérieure étant le Tribunal fédéral du travail (Bundesarbeitsgericht). Les tribunaux du travail sont compétents dans les affaires concernant les employés et les ouvriers du service public dont les relations de travail relèvent du droit privé.

115. La Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht) est l'organe judiciaire suprême. En vertu des dispositions de la Constitution (art. 21 et 93), elle est appelée notamment à statuer sur les conflits de compétence entre la Fédération et les Länder, sur la constitutionnalité des lois, sur les recours constitutionnels qui peuvent être intentés par toute personne se prétendant lésée par la puissance publique dans un de ses droits fondamentaux ou dans un de ses droits définis notamment à l'article 33 de la Constitution qui traite de l'égalité des citoyens et du service public; elle statue également sur la question de l'inconstitutionnalité (Verfassungswidrigkeit) des partis.

116. Exécution des lois. La Constitution prévoit l'exécution des lois fédérales soit par les Länder, sous le contrôle de la Fédération

ou dans des cas définis par délégation de la Fédération (art. 83, 84 et 85), soit par la Fédération elle-même dans des cas indiqués par la Constitution (par exemple les chemins de fer fédéraux, la Poste fédérale) ou en application de la Constitution (par exemple autorisation pour la Fédération de créer, dans les cas où elle a autorité législative, des autorités fédérales supérieures indépendantes, de nouvelles personnes morales et institutions relevant directement de la Fédération, des organes centralisés en matière de police, de protection de la Constitution et de services de renseignements) (art. 87).

117. En ce qui concerne l'exécution des lois des Länder, par référence à l'article 30, il est admis que la compétence administrative de la Fédération ne peut être invoquée que dans la mesure où elle découle de la Constitution.

118. La Constitution garantit le principe de l'autonomie administrative des communes et des associations de communes (art. 28).

Structure du service public

119. La structure constitutionnelle et administrative du pays se reflète dans la structure du service public qui dépend soit de l'administration fédérale et des services fédéraux, soit de l'administration des Länder et des services qui y sont rattachés ou encore de l'administration des communes.

120. Au sein de ces administrations, on peut distinguer les catégories d'agents suivantes, selon l'entité qui les emploie:

- les agents occupés par le service public direct, à savoir par la Fédération, les Länder, les communes et associations de communes, les chemins de fer fédéraux et la Poste fédérale;
- les agents occupés par le service public indirect, à savoir par l'Office fédéral du travail, les organismes d'assurance sociale et par les organismes de prévoyance complémentaire.

121. Selon la nature du régime juridique qui règle leurs relations de travail avec leur employeur, on peut distinguer parmi les agents du service public direct et du service public indirect les catégories d'agents suivantes:

- d'une part, les fonctionnaires (Beamte) dont la situation juridique est réglée par la loi et qui se trouvent dans une situation de service relevant du droit public;
- d'autre part, les employés (Angestellte) et les ouvriers (Arbeiter) dont les relations de travail relèvent du droit privé dans des conditions fixées par les conventions collectives.

122. Au 30 juin 1984, l'ensemble du personnel occupé à plein temps et à temps partiel dans le service public s'élevait à quelque 4.554.000 dont 4.311.000 dans le service public direct et 243.000 dans le service public indirect, ce qui représente environ 17 pour cent de la population active totale¹.

123. Les tableaux ci-après montrent la répartition du personnel entre fonctionnaires et juges, employés et ouvriers dans le service public direct, au 30 juin 1984, en distinguant entre le personnel à plein temps et le personnel à temps partiel:

Tableau 1. Personnel à plein temps dans le service public direct
(Situation au 30 juin 1984)

Domaine d'activité	Fonctionnaires et juges	Employés	Ouvriers	Total
Administration fédérale	114.579	89.573	109.499	313.651
Chemins de fer fédéraux	176.681	6.903	123.338	306.922
Poste fédérale	296.384	33.950	105.671	436.005
Fédération (total)	587.644	130.426	338.508	1.056.578
Länder	954.140	462.388	161.270	1.577.798
Communes/associations de communes	146.773	511.798	278.380	936.951
Syndicats de communes	2.039	21.508	10.875	34.422
Total	1.690.596	1.126.120	789.033	3.605.749

Source: Office fédéral des statistiques.

Tableau 2. Personnel à temps partiel dans le service public direct
(Situation au 30 juin 1984)

Domaine d'activité	Fonctionnaires et juges	Employés	Ouvriers	Total
Administration fédérale	638	12.102	4.341	17.081
Chemins de fer fédéraux	495	668	1.975	3.138
Poste fédérale	7.789	24.307	63.067	95.163
Fédération (total)	8.922	37.077	69.383	115.382
Länder	107.505	167.857	42.515	317.877
Communes/associations de communes	3.099	111.281	145.689	260.069
Syndicats de communes 12.101		31	4.960	7.110
Total	119.557	321.175	264.697	705.429

Source: Office fédéral des statistiques.

124. Le personnel dans le service public indirect comprenait, au 30 juin 1984, quelque 26.000 fonctionnaires, 195.000 employés et 21.000 ouvriers. En outre, 271.700 personnes se trouvaient, au 30 juin 1984, en formation dans le service public, dont 120.700 avec le statut de fonctionnaires, 98.300 comme employés et 52.700 comme ouvriers. Le personnel en formation dans le service public direct comportait notamment 128.000 personnes au service des Länder, dont 91.000 avec le statut de fonctionnaires.

125. Selon les attributions, le personnel occupé à plein temps par la Fédération, les Länder, les communes et les associations de communes comprenait notamment 1.079.000 personnes au service de l'administration générale (Fédération: 271.000, Länder: 559.000, communes et associations de communes: 248.000), dont 475.000 occupées par la direction politique et l'administration centrale (Fédération: 70.000, Länder: 215.000, communes et associations de communes: 189.000) et 298.000 occupées par les services de sécurité et d'ordre public (Fédération: 28.000, Länder: 211.000, communes et associations de communes: 58.900). L'éducation, les sciences et la recherche occupaient 768.000 personnes (Fédération: 9.400, Länder: 654.600, communes et associations de communes: 104.000) dont 558.900 dans les

écoles et l'éducation préscolaire (Länder: 487.700, communes et associations de communes: 71.200).

Droits fondamentaux garantis par
la Constitution - privilège des partis

126. La question dont la commission est chargée ayant trait à l'exclusion du service public pour des considérations liées aux opinions et activités politiques, il convient d'examiner les droits fondamentaux en matière de liberté d'opinion, d'activité politique ainsi que de privilège des partis.

127. La Constitution garantit, dans son chapitre Ier (art. 1 à 19), un certain nombre de droits fondamentaux qui lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire comme droit directement applicable. Elle garantit, en particulier, la dignité de la personne humaine, la liberté du développement de la personnalité humaine, le droit à la vie et à l'intégrité physique, la liberté individuelle, la liberté de conviction religieuse et philosophique (art. 1, 2 et 4). L'article 3 de la Constitution garantit l'égalité des individus devant la loi; le paragraphe 3 de l'article 3 dispose que "nul ne pourra subir un préjudice ni être favorisé en raison de son sexe, de son ascendance, de sa race, de sa langue, de sa patrie, de son origine, de sa religion, de ses opinions religieuses ou politiques". La liberté d'opinion est garantie par l'article 5; le paragraphe 1 de l'article 5 dispose notamment que "chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement ses opinions par la parole, par écrit et par l'image" et garantit la liberté de la presse et la liberté de l'information. En vertu du paragraphe 2 de l'article 5, "ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel"; le paragraphe 3 dispose que "art et science, recherche et enseignement sont libres; la liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la Constitution". L'article 9 garantit la liberté d'association. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 9, "tous les Allemands ont le droit de constituer des associations et des sociétés". Selon le paragraphe 2, "les associations dont les objectifs ou les activités sont contraires aux lois pénales ou qui sont dirigées contre l'ordre fondamental ou contre l'idée d'entente entre les peuples sont interdites". L'article 12 garantit le libre choix de la situation professionnelle. D'après le paragraphe 1 de l'article 12, "tous les Allemands ont le droit de choisir librement leur profession, le lieu de leur travail et le lieu de leur formation professionnelle. L'exercice des professions peut être réglementé par la loi ou sur la base d'une loi".

128. L'article 21 de la Constitution, qui s'intègre dans le chapitre intitulé "La Fédération et les Länder", garantit la libre fondation des partis politiques, indique dans quelles circonstances un parti est inconstitutionnel et énonce les compétences de la Cour constitutionnelle fédérale pour statuer sur la question de

l'inconstitutionnalité. Considéré comme fondant le "privilège des partis", l'article 21 dispose ce qui suit:

- 1) Les partis coopèrent à la formation de la volonté politique du peuple. Leur fondation est libre. Leur organisation interne doit répondre aux principes démocratiques. Ils doivent rendre compte publiquement de la provenance de leurs ressources.
- 2) Les partis qui, d'après leurs objectifs ou d'après le comportement de leurs adhérents, 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 sont inconstitutionnels. La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité.
- 3) Les dispositions de détail seront réglées par des lois fédérales.

129. La loi sur la Cour constitutionnelle fédérale précise en son article 43 (1) que la demande en vue d'une décision sur l'inconstitutionnalité d'un parti peut être introduite par la Chambre fédérale, le Conseil des Etats ou par le gouvernement fédéral. Le gouvernement d'un Land ne peut faire une telle demande que contre un parti dont l'organisation se limite au territoire de celui-ci (art. 43 (2)).

130. En application de l'article 21, la Cour constitutionnelle fédérale a statué en 1952 sur la question de l'inconstitutionnalité du SRP (Sozialistische Reichspartei)² et, en 1956, sur celle du KPD (Kommunistische Partei Deutschlands)³. Dans les deux cas, la Cour a déclaré le parti inconstitutionnel, l'a dissous et a interdit la constitution ou la continuation d'organisations de substitution.

131. Depuis ces deux décisions, la Cour constitutionnelle fédérale n'a plus été saisie d'autres cas au titre de l'article 21 (2) pour se prononcer sur l'inconstitutionnalité d'un parti politique.

132. Dans sa décision susmentionnée de 1952, la Cour s'était attachée à l'interprétation de l'article 21 de la Constitution en précisant notamment sous quelles conditions un parti pouvait être considéré comme inconstitutionnel, en définissant le sens à donner à la notion d'ordre fondamental démocratique et libéral.

L'importance particulière des partis dans l'Etat démocratique ne justifie pas déjà leur exclusion de la vie politique lorsqu'ils combattent avec des moyens légaux certaines prescriptions, voire des éléments entiers de la Constitution, mais seulement lorsqu'ils essaient d'ébranler les valeurs fondamentales suprêmes de l'Etat démocratique constitutionnel et libéral. Ces valeurs fondamentales constituent l'ordre fondamental démocratique et libéral, que la Constitution

considère comme étant fondamentales dans le cadre de l'organisation générale de l'Etat - de "l'ordre constitutionnel ...".

L'ordre fondamental démocratique et libéral au sens de l'article 21 (2) de la Constitution est un ordre qui, à l'exclusion de tout pouvoir violent ou arbitraire, constitue un ordre juridique fondé sur l'autodétermination du peuple selon la volonté de la majorité et sur la liberté et l'égalité. Parmi les principes fondamentaux de cet ordre, il faut compter au moins: le respect des droits de l'homme concrétisés par la Constitution, avant tout le respect du droit à la vie et au libre développement, la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la responsabilité du gouvernement, la légalité de l'administration, l'indépendance des tribunaux, le pluralisme des partis et l'égalité de chances pour tous les partis avec le droit de constituer, conformément à la Constitution, une opposition et d'exercer celle-ci.

Selon la Cour, l'article 21 (1) "reconnaît que les partis participent à la formation de la volonté politique du peuple, et les élève ainsi du domaine sociopolitique au rang d'une institution constitutionnelle. A cette "incorporation" des partis dans la structure constitutionnelle ne peuvent, de manière politiquement sensée, participer que les partis qui se basent sur l'ordre fondamental démocratique et libéral. Ceci est confirmé par l'article 21 (2). Il a la portée de permettre la constatation qu'un parti déterminé ne peut pas participer à la formation de la volonté politique du peuple parce qu'il combat l'ordre fondamental démocratique et libéral. C'est seulement pour des considérations tenant à l'Etat de droit qu'il est prévu que la constatation de l'inconstitutionnalité, avec ses conséquences juridiques, ne peut être faite par n'importe qui, même pas par le gouvernement et l'administration, ni dans n'importe quelle procédure, mais seulement par un jugement de la Cour constitutionnelle fédérale dans une procédure servant à rechercher la vérité matérielle."

133. Dans sa décision concernant le KPD, la Cour a précisé:

Un parti n'est pas déjà inconstitutionnel lorsqu'il ne reconnaît pas les principes suprêmes de l'ordre fondamental démocratique et libéral; il doit s'y ajouter une attitude activement combattante, agressive à l'égard de l'ordre existant ... L'article 21 (2) n'exige pas, comme l'article 81 du Code pénal, une entreprise concrète; il suffit que le cours politique du parti soit déterminé par une intention qui, de manière fondamentale et continuellement tendancieuse, vise à combattre l'ordre fondamental démocratique et libéral ... Un parti est déjà inconstitutionnel lorsqu'il s'efforce d'obtenir une autre configuration sociale et politique de la démocratie libérale que l'actuelle, afin de l'utiliser comme transition pour éliminer plus facilement tout ordre fondamental libéral ...⁴.

134. En 1961, la Cour constitutionnelle fédérale, à propos de l'examen de la constitutionnalité d'un article du Code pénal, a eu l'occasion de préciser que:

Jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle fédérale, personne ne peut se prévaloir en droit de l'inconstitutionnalité d'un parti. Dans cette mesure, cette décision a valeur constitutive.

Le privilège de l'article 21 (2) de la Constitution qui protège en premier lieu l'organisation du parti s'étend également à l'activité officielle, conduite avec des moyens généralement autorisés, des fonctionnaires et adhérents d'un parti. Leur activité est protégée par le privilège des partis également si leur parti est déclaré inconstitutionnel par une décision ultérieure de la Cour constitutionnelle fédérale.

L'ordre juridique ne peut, sans enfreindre le principe fondamental de l'Etat de droit, traiter après coup, comme contraire au droit, la liberté constitutionnellement garantie de créer un parti et d'exercer des activités pour ce parti dans la vie constitutionnelle⁵.

135. Cependant, à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité d'une disposition de la loi sur les fonctionnaires de l'Etat du Schleswig-Holstein, la Cour constitutionnelle fédérale, dans une décision du 22 mai 1975, a indiqué, à propos de l'engagement d'un candidat à la fonction publique:

... Un élément du comportement pouvant être d'une grande importance dans l'évaluation de la personnalité du candidat à la fonction publique peut également être son adhésion ou son appartenance à un parti politique poursuivant des objectifs hostiles à la Constitution - et cela indépendamment du fait que la Cour constitutionnelle fédérale ait établi ou non son inconstitutionnalité. Il serait vraiment arbitraire d'exclure cet élément de l'évaluation d'une personnalité, et donc de forcer l'employeur à admettre la fidélité à la Constitution d'un fonctionnaire parce qu'il n'y a pas de décision de la Cour constitutionnelle fédérale sur l'inconstitutionnalité d'un parti; cette décision dépend d'ailleurs d'une demande qui est laissée largement à la discrétion de ceux qui peuvent en faire la demande et qui ne sera guère introduite seulement pour pouvoir refuser des candidats à la fonction publique ou pour prendre des mesures disciplinaires contre des fonctionnaires pour violation du devoir de fidélité politique.

Le fait que la décision réservée à la Cour constitutionnelle de déclarer un parti inconstitutionnel n'ait pas été prise jusqu'à présent n'empêche pas que la conviction puisse être acquise et maintenue que ce parti poursuit des objectifs hostiles à la Constitution et doit être combattu politiquement⁶.

136. La Cour a ainsi distingué entre "l'inconstitutionnalité d'un parti", à constater par décision de la Cour, en vertu de l'article 21 (2), et "les objectifs hostiles à la constitution d'un parti" dont la constatation ne dépend pas d'une telle décision.

Législation en matière de service public

137. Définition et composition du service public. Les dispositions fondamentales en matière de service public figurent à l'article 33 de la Constitution qui dispose ce qui suit:

1) Tous les Allemands ont, dans chaque Land, les mêmes droits et obligations civiques.

2) Tous les Allemands ont égalité d'accès aux emplois publics selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leur rendement professionnel.

3) La jouissance des droits civils et civiques, l'admission à des emplois publics ainsi que les droits acquis dans le service public sont indépendants de la conviction religieuse. Personne ne doit subir de préjudice du fait de son adhésion ou de sa non-adhésion à une conviction ou à une philosophie.

4) En règle générale, l'exercice de compétences relevant des droits souverains doit à titre permanent être confié à des membres du service public qui se trouvent dans une situation de service et de fidélité relevant du droit public.

5) Le droit du service public doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels de la fonction publique de carrière.

138. L'article 33 n'est pas limité à la situation des personnes ayant le statut de fonctionnaire. En particulier, les garanties incluses aux paragraphes 2 et 3 visent l'emploi dans le service public en général quelle que soit la nature du lien de service.

139. La Fédération a adopté deux lois de base concernant le statut des fonctionnaires; d'une part, la loi sur les fonctionnaires fédéraux (Bundesbeamtenengesetz - BBG)⁷ et, d'autre part, la loi cadre sur les fonctionnaires des Länder (Beamtenrechtsrahmengesetz - BRRG)⁸. Les Länder ont adopté, conformément à la loi cadre, des lois sur le statut de leurs fonctionnaires⁹.

140. L'Etat fédéral et les Länder ont adopté, dans leurs domaines de compétence respectifs, des lois sur la procédure disciplinaire et sur la représentation du personnel en ce qui concerne les fonctionnaires.

141. La loi sur les fonctionnaires fédéraux règle le statut des fonctionnaires de la Fédération. Elle porte notamment sur leurs relations de service et sur leurs droits et devoirs.

142. En vertu de l'article 2 de la loi, est considérée comme fonctionnaire fédéral la personne qui se trouve, vis-à-vis de la Fédération ou d'une personne morale, institution ou fondation de droit public relevant directement de la Fédération, dans une situation de service et de fidélité relevant du droit public (art. 2 (1)). Un fonctionnaire employé par la Fédération est fonctionnaire fédéral direct. Un fonctionnaire employé par une personne morale, institution ou fondation de droit public relevant de la Fédération est fonctionnaire fédéral indirect (art. 2 (2)).

143. Conformément à l'article 4 de la loi, la nomination comme fonctionnaire (Berufung in das Beamtenverhältnis) n'est admissible que pour assumer:

- 1) des tâches relevant des droits souverains (hoheitsrechtliche Aufgaben);
- 2) des tâches qui, pour des considérations de maintien de l'Etat ou de la vie publique, ne peuvent être attribuées exclusivement à des personnes qui se trouvent dans une relation de travail de droit privé.

144. La loi distingue entre plusieurs catégories de fonctionnaires, à savoir le fonctionnaire à vie, à l'essai, à titre précaire, honorifique, à temps.

145. Selon l'article 5, peut être nommé fonctionnaire à vie (auf Lebenszeit) celui qui doit être employé de manière permanente aux tâches au sens de l'article 4, et à l'essai (auf Probe) celui qui, en vue de son emploi ultérieur comme fonctionnaire à vie, doit accomplir une période probatoire. Peut être nommé à titre précaire (auf Widerruf) celui qui doit accomplir le service préparatoire (Vorbereitungsdienst) obligatoire ou usuel ou celui qui ne doit être employé aux tâches au sens de l'article 4 qu'accessoirement ou temporairement. Celui qui accomplit les tâches prévues au sens de l'article 4 à titre honorifique est fonctionnaire honorifique (Ehrenbeamter). La loi précise enfin que les dispositions juridiques en vertu desquelles des personnes peuvent être nommées fonctionnaires pour une certaine période de temps (Zeitdauer) restent inchangées.

146. Le candidat à la fonction publique doit remplir certaines conditions de formation, être en principe de nationalité allemande et offrir la garantie qu'il prendra en tout temps fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution (art. 7).

147. La loi cadre sur les fonctionnaires des Länder contient des dispositions à respecter par les Länder dans l'élaboration de leurs fonctions publiques respectives, compte tenu des principes

traditionnels de la fonction publique et des intérêts communs de la Fédération et des Länder. Les dispositions de la loi cadre et de la loi sur les fonctionnaires fédéraux sont largement harmonisées¹⁰.

148. La situation du fonctionnaire est caractérisée notamment de la manière suivante:

- le caractère formel du statut (l'accès à la fonction publique, la cessation d'activité, l'avancement sont conditionnés par un acte formel);
- le recrutement, en principe, à vie: le fonctionnaire s'engage par serment à remplir de façon consciencieuse ses devoirs professionnels et à respecter les lois, l'employeur s'engageant à subvenir financièrement aux besoins du fonctionnaire par le versement d'un traitement ou, pour le fonctionnaire à la retraite, d'une pension (régime non contributif)¹¹;
- la révocation du fonctionnaire à vie à l'initiative de l'employeur ne peut avoir lieu que par la voie d'une procédure disciplinaire formelle, au cours de laquelle l'éloignement du service est décidé par un tribunal disciplinaire¹²;
- le déroulement du service suivant le principe de la carrière¹³.

149. En ce qui concerne les deux autres catégories de membres du service public, à savoir les employés (Angestellte) et les ouvriers (Arbeiter), l'article 191 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux précise que les relations de travail des employés et des ouvriers au service de la Fédération ou d'une personne morale, institution ou fondation de droit public relevant de la Fédération seront réglementées par convention collective.

150. Il existe une convention collective couvrant les employés du service public de la Fédération (à l'exception des chemins de fer fédéraux et de la Poste fédérale), des Länder et des communes, pour autant que des accords particuliers n'ont pas été conclus¹⁴.

151. Les ouvriers de la Fédération¹⁵, des Länder¹⁶ et des communes, de leur côté, sont également couverts par des conventions collectives générales.

152. Des conventions particulières existent notamment pour les chemins de fer fédéraux et la Poste fédérale.

153. Bien que la Constitution (art. 33 (4)) et la loi sur les fonctionnaires fédéraux (art. 2 et 4) ainsi que la loi cadre sur les fonctionnaires des Länder (art. 2 (2)) distinguent entre les fonctionnaires et d'autres catégories de membres du service public selon les tâches qu'ils sont appelés à remplir, il a été relevé que, dans le cas concret, ce n'est pas la nature de l'activité du salarié qui détermine s'il est fonctionnaire, employé ou ouvrier. Est décisif seulement le fait qu'il ait été nommé en tant que fonctionnaire ou

engagé en vertu d'un contrat de travail. Voilà pourquoi ceux qui accomplissent des tâches relevant des droits souverains peuvent être des employés et, inversement, ceux qui n'accomplissent pas de telles tâches peuvent être nommés fonctionnaires. Cette dernière hypothèse est plus fréquente car l'article 33 (4) de la Constitution n'admet qu'exceptionnellement que des tâches relevant des droits souverains soient attribuées à des non-fonctionnaires¹⁷.

154. Il a été relevé également que la situation dans les différents domaines de compétence, et surtout la situation budgétaire en matière d'emploi comme aussi les développements historiques ne permettent pas une stricte délimitation des tâches assignées aux fonctionnaires, d'une part, et aux employés/ouvriers, d'autre part¹⁸. Au cours des années les champs d'activité des fonctionnaires et des employés se sont mélangés. D'un côté, des fonctionnaires ont été occupés à des tâches ne relevant pas des droits souverains, par exemple dans les postes et les chemins de fer fédéraux; d'un autre côté, des employés ont pris des fonctions impliquant l'exercice de fonctions de souveraineté qui étaient auparavant réservées aux fonctionnaires¹⁹.

155. Les droits et garanties des fonctionnaires dans le processus de recrutement. Les dispositions fondamentales réglementant l'accès au service public sont contenues à l'article 33 (2) et (3) de la Constitution. Selon l'article 33 (2), "tous les Allemands ont égalité d'accès aux emplois publics selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leur rendement professionnel".

156. L'article 33 (3) dispose notamment que personne ne peut subir de préjudice en raison de son adhésion ou de sa non-adhésion à une conviction ou une philosophie.

157. D'autre part, l'article 3 (3) de la Constitution garantit notamment la non-discrimination pour opinion politique et l'article 5 garantit la liberté d'expression.

158. Selon certains auteurs²⁰, l'article 33 (2) de la Constitution garantit seulement un accès à l'emploi sans discrimination mais ne confère pas un droit au recrutement dans un emploi. Les tribunaux ont considéré d'abord que cet article donnait simplement le droit de poser sa candidature. Ils ont admis depuis qu'il conférait un droit pouvant être revendiqué en justice à une appréciation objective et ils interviennent lorsqu'un candidat peut prouver qu'il a été écarté pour des motifs erronés ou irréguliers. Les tribunaux sont en principe seulement autorisés à annuler la décision et à la renvoyer pour une nouvelle prise de position devant l'autorité chargée du recrutement. Certains auteurs considèrent que l'article 33 (2) confère un droit d'accès général au service public selon les aptitudes et qualifications²¹.

159. La loi sur les fonctionnaires fédéraux (art. 8) et la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder (art. 7) disposent que les

candidats doivent être choisis selon leurs aptitudes, leurs qualifications et leur rendement professionnel sans considération de sexe, d'ascendance, de race, de croyance, d'opinions religieuses et politiques, d'origine ou de relations.

160. Aux termes des articles 9 (2) et 6 (2) de ces mêmes lois, une relation d'emploi de fonctionnaire à l'essai doit être transformée au plus tard après cinq ans en celle de fonctionnaire à vie, si le fonctionnaire remplit les conditions prévues à cet effet.

161. La procédure de sélection et d'évaluation des candidats n'est pas réglementée dans les lois sur la fonction publique. La loi sur les fonctionnaires fédéraux prévoit uniquement la publication des postes vacants (art. 8 (1)). La loi sur la représentation du personnel fédéral confère au comité du personnel un droit de cogestion lors de l'embauche et de l'engagement (art. 76 (1)).

162. Le candidat dont la candidature a été rejetée sans que ce rejet soit autrement motivé peut attaquer la décision de l'autorité de recrutement. Ceci oblige cette autorité à prouver qu'elle a pris une décision objective. Elle doit soumettre les pièces du dossier au tribunal qui permet au candidat d'en prendre connaissance. Les tribunaux administratifs refusent cependant de lui permettre d'examiner les dossiers de ses concurrents pour des considérations de confidentialité²².

163. La sélection des employés et des ouvriers du service public auxquels s'applique l'article 33 (2) et (3) de la Constitution se fait pour l'essentiel selon des règles analogues. Le comité du personnel a également un droit de cogestion lors du recrutement d'employés et d'ouvriers (art. 75 (1)). Les tribunaux du travail sont compétents pour connaître des plaintes de candidats au sujet de décisions de refus²³.

164. Sécurité de l'emploi. Lors de sa nomination définitive, le fonctionnaire est nommé à vie. Aux termes des articles 28 à 51 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux, en dehors de la mort du fonctionnaire la relation d'emploi peut se terminer par sa démission ou son licenciement, la perte des droits attachés à la qualité de fonctionnaire, la révocation en vertu des dispositions en matière disciplinaire ou la mise à la retraite²⁴.

165. En ce qui concerne le fonctionnaire à l'essai, la loi sur les fonctionnaires fédéraux prévoit un nombre supplémentaire de motifs de licenciement ainsi que des préavis à respecter normalement (art. 31). Ainsi, le fonctionnaire à l'essai peut être licencié pour un comportement qui, chez le fonctionnaire à vie, entraînerait une mesure disciplinaire à la suite d'une procédure disciplinaire; dans ce cas, le fonctionnaire à l'essai peut être licencié sans préavis²⁵. Parmi les motifs de licenciement figurent également le défaut de faire ses preuves quant à son aptitude, ses qualifications et sa capacité professionnelle, l'incapacité et la disparition ou la restructuration de service.

166. Quant au fonctionnaire à titre précaire, il peut être licencié à tout moment par révocation avec les mêmes préavis que pour le fonctionnaire à l'essai (art. 32). Aux termes de la loi, le fonctionnaire à titre précaire devrait bénéficier de la possibilité d'accomplir son stage préparatoire (Vorbereitungsdienst) et de faire l'examen. Son statut de fonctionnaire se termine avec l'examen²⁶ pour autant que cela est déterminé par la loi ou les règlements administratifs.

167. Il résulte des dispositions du règlement disciplinaire fédéral (Bundesdisziplinarordnung) qu'un fonctionnaire à vie ne peut être révoqué qu'en vertu d'une procédure disciplinaire formelle devant les tribunaux disciplinaires. En vertu de la loi sur la représentation du personnel fédéral, l'ouverture d'une procédure disciplinaire formelle est soumise à l'obligation de consultation du comité du personnel (art. 78 (1)). Tel est également le cas pour le licenciement d'un fonctionnaire à l'essai ou à titre précaire²⁷.

168. Concernant les employés et les ouvriers, les dispositions de la loi relative à la protection des salariés contre le congédiement sont applicables aux entreprises et administrations de droit public²⁸. Est injustifié, du point de vue social, et nul le congédiement lorsqu'il n'est pas fondé notamment sur des motifs découlant de la personne ou du comportement du salarié ou sur des nécessités impérieuses de l'entreprise ou lorsque la représentation du personnel a soulevé des objections contre le congédiement. L'employeur est tenu d'établir la preuve des faits sur lesquels se fonde le congédiement. En vertu de la loi sur la représentation du personnel fédéral, le comité du personnel participe lors du congédiement ordinaire, et il doit être entendu en cas de licenciement sans préavis ou de congédiement extraordinaire. Le congédiement d'un membre de la représentation du personnel n'est pas admissible, sauf motif grave autorisant un congédiement sans préavis. Dans ce cas, le comité du personnel doit donner son accord; en cas de refus, le tribunal administratif peut y suppléer, à la demande de l'employeur, si le congédiement se justifie au vu de toutes les circonstances. La convention collective pour les employés fédéraux précise en son article 53 les délais de préavis à respecter en cas de congédiement; après quinze années de service et au plus tôt à 40 ans, l'employé ne peut plus être congédié, sauf dans les conditions et selon les modalités prévues à l'article 55.

169. Les devoirs des fonctionnaires. La loi sur les fonctionnaires fédéraux et la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder contiennent des dispositions détaillées sur les devoirs des fonctionnaires, certaines de caractère général, d'autres au sujet de certains aspects particuliers tels que le secret de fonction, l'occupation secondaire, l'acceptation de récompenses, le temps de travail, etc. Les obligations à caractère général figurent aux articles 52, 53 et 54 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et aux articles 35 et 36 de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder, qui disposent ce qui suit:

Le fonctionnaire est au service du peuple entier et non d'un parti. Il doit accomplir ses tâches de manière impartiale et juste et, dans l'exercice de ses fonctions, avoir égard au bien-être de la communauté.

Le fonctionnaire doit, par tout son comportement, témoigner son adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution et prendre fait et cause pour celui-ci (art. 52 (1) et (2) et art. 35 (1)).

Le fonctionnaire doit, dans son activité politique, garder la mesure et la réserve qui résultent de sa position vis-à-vis de la collectivité et de l'égard dû aux obligations de ses fonctions (art. 53 et 35 (2)).

Le fonctionnaire doit se consacrer à sa profession avec un total dévouement. Il doit exercer ses fonctions de manière désintéressée et consciencieusement. Son comportement dans le service et en dehors du service doit être conforme à l'estime et à la confiance que sa profession exige (art. 54 et 36).

Conformément à l'article 58 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux, le fonctionnaire fédéral doit prononcer le serment suivant:

Je jure de respecter la Constitution de la République fédérale d'Allemagne et toutes les lois en vigueur en République fédérale et d'exercer consciencieusement les devoirs de ma charge ...²⁹.

170. En cas de non-accomplissement de ses obligations, le fonctionnaire peut être poursuivi disciplinairement. L'article 77 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et l'article 45 de la loi-cadre définissent la notion de faute disciplinaire et renvoient aux lois sur la procédure disciplinaire (au niveau fédéral ou des Länder) pour la poursuite des fautes disciplinaires. Aux termes de ces articles, le fonctionnaire commet une faute disciplinaire lorsqu'il viole de manière coupable ses obligations de service. Un comportement en dehors du service constitue une faute disciplinaire lorsque, selon les données du cas concret, ce comportement 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 publique³⁰.

171. Quant au fonctionnaire à la retraite, est considéré comme faute disciplinaire, entre autres, le fait d'avoir des activités contre l'ordre fondamental démocratique et libéral, de participer à des tentatives visant à mettre en cause l'existence ou la sécurité de la République fédérale³¹.

Devoir de fidélité à l'ordre
fondamental démocratique et libéral

172. Contexte historique et doctrinal du devoir de fidélité. Comme il a déjà été indiqué, aux termes de l'article 33 (5) de la Constitution, le droit du service public doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels de la fonction publique de carrière. Selon une décision du 22 mai 1975 de la Cour constitutionnelle fédérale³², le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral constitue l'un de ces principes traditionnels de la fonction publique. La Cour a relevé que le devoir de fidélité appartient sans discontinuité à l'histoire de la fonction publique allemande depuis la fin du XVIIIe siècle.

173. Au cours de la période de l'empire germanique (1871-1918)³³, on peut constater une double orientation dans le statut du fonctionnaire (Beamtenverhältnis). Dans la pratique prévalait l'idée, se rattachant à la tradition historique, d'une relation de fidélité personnelle au monarque, s'étendant également au gouvernement nommé par le monarque et dépendant de lui. Les prises de position politiques contre le gouvernement, même à titre non officiel, et surtout l'adhésion à un parti politique antimonarchiste étaient considérées comme une violation du devoir de fidélité du fonctionnaire. Par contre, dans la doctrine prévalait l'idée d'un fonctionnariat se trouvant dans une situation de service à l'égard de l'Etat, déterminée par des droits et des devoirs. Le devoir de fidélité apparaissait comme "le côté éthique" du statut du fonctionnaire; son contenu se traduisait dans le fait que le fonctionnaire devait accomplir ses devoirs avec une conscience approfondie mais non pas dans un lien personnel existentiel avec le monarque ou l'Etat. Cette conception était reflétée dans la loi sur les fonctionnaires impériaux de 1873: le devoir fondamental du fonctionnaire prévu par la loi était lié et limité à l'accomplissement consciencieux et conforme à la Constitution des tâches lui incombant; ce n'était que dans le serment de fonctionnaire qu'apparaissait la formule "être fidèle et obéissant" à l'empereur.

174. Sous la République de Weimar (après 1919), la Constitution garantissait l'accès général aux emplois publics selon les qualifications et les capacités professionnelles (art. 128); elle garantissait expressément aux fonctionnaires la liberté d'opinion politique et la liberté d'association (art. 130). Pour les devoirs des fonctionnaires, on en resta à la réglementation de la loi sur les fonctionnaires impériaux, à savoir une obligation de comportement (Verhaltenspflicht). L'article 130 de la Constitution disposait: "Le fonctionnaire est au service de la collectivité, non d'un parti. La liberté d'opinion politique et la liberté d'association sont garanties à tous les fonctionnaires ..." (art. 130 (1) et (2)).

175. La situation à cette époque, à propos de la liberté d'opinion politique, a été décrite de la manière suivante³⁴: "Une sanction disciplinaire est en tout cas exclue contre un fonctionnaire pour le simple fait de se déclarer en faveur d'un parti politique. Un

fonctionnaire ne commettrait une faute disciplinaire que s'il essayait de promouvoir par des actions concrètes les objectifs du parti qu'il appuie, objectifs visant au renversement, par la violence, de l'ordre étatique existant. La liberté d'opinion n'est pas restreinte, même vis-à-vis d'objectifs ou de moyens inconstitutionnels. Cependant, la participation directe à des actions tendant à concrétiser les objectifs d'un parti par des moyens illégaux est incompatible avec le fait d'occuper un emploi public. En dehors du service, dans l'exercice des droits qui lui sont garantis par l'article 118 (liberté d'opinion en général) et par l'article 130, le fonctionnaire, lorsqu'il participe à des manifestations publiques qui risquent de déborder dans le domaine politique, doit observer la plus grande réserve et avoir égard aux opinions politiques différentes. Concernant la liberté d'association, la question se pose de savoir si le fonctionnaire peut promouvoir, appuyer ou avoir d'autres activités pour un parti ou une organisation qui, publiquement ou en secret, travaille au renversement par la force de l'ordre étatique existant, et dans ce sens révolutionnaire, ou s'il peut adhérer à un tel parti. Selon la jurisprudence, le simple fait d'appuyer un tel parti est permis au fonctionnaire (OVG cas 77); par contre, l'activité pour un tel parti par des actions concrètes est interdite (OVG cas 78)."

176. De même, il a été souligné³⁵ que, dans la question de savoir si l'adhésion ou les activités des fonctionnaires dans un parti politique révolutionnaire étaient compatibles avec les devoirs des fonctionnaires, le critère pour déterminer si un parti était révolutionnaire n'était pas les objectifs politiques poursuivis par le parti mais les moyens révolutionnaires, c'est-à-dire illégaux et par la force, de les réaliser.

177. En raison de la controverse politique liée au nouveau fondement démocratique de l'Etat, les dispositions constitutionnelles et législatives reçurent assez rapidement des limitations. Le serment des fonctionnaires prit la forme d'un serment de fidélité ("Je jure fidélité à la Constitution"); une loi sur les devoirs des fonctionnaires pour la protection de la République, du 21 juillet 1922, ajouta aux devoirs liés à l'accomplissement des tâches un devoir général de prendre fait et cause pour l'autorité constitutionnelle et républicaine de l'Etat (art. 10 a)). Ce devoir n'était cependant pas considéré comme un devoir de professer sa fidélité (Bekennnispflicht) mais comme une obligation de comportement liée à l'activité professionnelle (Verhaltenspflicht).

178. Dans les publications concernant le droit des fonctionnaires, on assista à une revalorisation de la notion de fidélité. Le statut des fonctionnaires était qualifié comme relation de fidélité à l'égard de l'Etat. Le devoir de fidélité à une personne, le monarque, se traduisant par le comportement à l'égard de cette personne, et notamment par l'obéissance à ses ordres, fut remplacé par le devoir de fidélité envers une entité impersonnelle (l'Etat) ou des principes normatifs (la Constitution).

179. L'époque nazie apporta le renforcement et, en même temps, l'excès et la perversion de cette notion de fidélité³⁶.

180. L'article 4 de la loi sur la réforme du fonctionnariat de carrière du 7 avril 1933 disposa que "les fonctionnaires qui, par leurs activités politiques, n'offrent pas la garantie qu'ils prendront à tout moment sans réserve fait et cause pour l'Etat national peuvent être révoqués".

181. La loi sur la modification de certaines dispositions concernant les fonctionnaires du 30 juin 1933 disposa que "ne peut devenir fonctionnaire que celui qui offre la garantie qu'il prendra à tout moment, sans réserve, fait et cause pour l'Etat national" (art. 3 (2) a)).

182. La loi sur les fonctionnaires allemands du 26 janvier 1937 remplaça les mots "Etat national" par "Etat national-socialiste". L'article 1 de la loi disposait que "le fonctionnaire allemand est à l'égard du Führer et du Reich dans une situation de service et de fidélité ressortissant au droit public (statut du fonctionnaire)". L'article 3 (2) disposait ce qui suit: "Le fonctionnaire doit à tout moment, sans aucune réserve, prendre fait et cause pour l'Etat national-socialiste et se laisser guider dans tout son comportement par le fait que le Parti ouvrier national-socialiste, en union indissoluble avec le peuple, est le porteur de l'idée de l'Etat allemand."

183. En vertu de l'article 4 de la loi, le fonctionnaire devait confirmer son attachement spécial au Führer et au Reich par le serment suivant: "Je jure: je serai fidèle et obéissant à l'égard du Führer du Reich et du peuple allemands, Adolf Hitler; je respecterai les lois et remplirai consciencieusement les devoirs de ma charge ...".

184. Depuis 1945, les textes concernant le statut des fonctionnaires disposent que la situation du fonctionnaire est "une situation de service et de fidélité ressortissant au droit public". En même temps, les fonctionnaires sont appelés à participer à la notion de "démocratie combattante" (streitbare abwehrbereite, wehrhafte Demokratie) qui, par des dispositions institutionnelles et juridiques, essaie de se protéger contre le fait que les ennemis de l'ordre démocratique, mettant à profit la liberté politique, ne le combattent ou l'éliminent³⁷.

185. Certains auteurs ont fait remarquer que, tout comme la Constitution est déterminée fortement dans son contenu par la volonté de créer un Etat démocratique et libéral, de même le contenu de la Constitution est fondamentalement déterminé par la volonté de garantir que la République fédérale reste toujours un Etat démocratique et libéral³⁸. Les dispositions qui prévoient la déchéance de certains droits fondamentaux en cas d'utilisation abusive de ces droits pour lutter contre l'ordre fondamental démocratique et libéral (art. 18), celles permettant de constater l'anticonstitutionnalité des partis (art. 21), celles interdisant la modification de certaines

dispositions constitutionnelles (art. 79 - structure fédérale, participation des Länder dans le processus législatif, droits fondamentaux prévus aux articles 1-20) montrent la volonté de protéger le caractère démocratique et libéral de la République fédérale³⁹.

186. Selon cette doctrine, pour éviter le retour d'un changement totalitaire, un fonctionnariat prêt à s'engager et à s'identifier à l'ordre fondamental démocratique et libéral paraît nécessaire. La démocratie est appelée à une autodéfense active. Elle ne peut admettre qu'entrent dans la fonction publique des personnes considérées comme des extrémistes, voulant mettre en cause cet ordre démocratique⁴⁰. Le trait d'union normatif permettant d'atteindre ce but se trouve dans le caractère du statut du fonctionnaire comme relation de fidélité à l'Etat démocratique ainsi que dans les dispositions des lois sur les fonctionnaires⁴¹.

187. Dispositions législatives actuellement en vigueur. La loi sur les fonctionnaires fédéraux (art. 7 (1) (2)) et la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder (art. 4 (1) (2)) disposent que ne peut être nommé fonctionnaire que celui qui "offre la garantie qu'il prendra à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental, démocratique et libéral défini par la Constitution".

188. Selon l'article 52 (2) de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et l'article 35 (1) (3) de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder, le fonctionnaire doit "par tout son comportement témoigner son adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution et prendre fait et cause pour celui-ci".

189. En vertu de l'article 2 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux qui définit le champ d'application de cette loi, le devoir de fidélité lie tous les fonctionnaires au service de la Fédération ou de personnes morales, d'institutions et de fondations de droit public relevant de la Fédération.

190. Des dispositions similaires imposant un devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral sont incluses dans les législations sur la fonction publique des Länder.

191. Selon la jurisprudence, le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral lie le fonctionnaire dans tout son comportement, en dehors du service aussi bien que dans l'exercice de ses fonctions⁴².

192. Principes de vérification de la fidélité. Le 28 janvier 1972, le Chancelier fédéral et les chefs des gouvernements des Länder se sont mis d'accord sur un ensemble de principes concernant la vérification de la fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral de membres du service public et de candidats à l'emploi (communément appelé "décret sur les radicaux"-"Radikalenerlass"). Ces principes étaient à leur tour reflétés dans des décisions approuvées pour le service public fédéral et le service dans les Länder. Ce

dernier texte, également daté du 28 janvier 1972, était rédigé comme suit:

Les chefs des gouvernements des Länder, en consultation avec le Chancelier fédéral, ont adopté le 28 janvier 1972, sur proposition de la Conférence permanente des ministres de l'Intérieur des Länder, les principes suivants:

Conformément aux lois sur les fonctionnaires de la Fédération et des Länder,

- ne peut être nommé fonctionnaire que celui qui offre la garantie qu'il prendra à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution;
- le fonctionnaire doit, par son comportement dans le service et en dehors du service, prendre activement fait et cause pour l'ordre fondamental.

Il s'agit de dispositions impératives. Chaque cas individuel doit faire l'objet d'un examen et d'une décision. Les principes suivants doivent être suivis à cet égard:

Candidats:

Un candidat qui s'engage dans des activités hostiles à la Constitution ne sera pas recruté dans le service public. Si le candidat est membre d'une organisation qui poursuit des objectifs hostiles à la Constitution, cette appartenance fondera des doutes quant à sa garantie qu'il prendra à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution. Ces doutes justifient en général le rejet de la demande d'engagement.

Fonctionnaires:

Lorsqu'un fonctionnaire, par ses actes ou par son appartenance à une organisation ayant des objectifs hostiles à la Constitution, ne remplit pas les exigences de l'article 35 de la loi-cadre sur les fonctionnaires en vertu duquel il est tenu, par tout son comportement, de témoigner son adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution et de prendre fait et cause pour celui-ci, l'employeur doit, sur base des faits recherchés dans chaque cas, tirer les conséquences qui s'imposent et, en particulier, examiner s'il convient d'envisager la révocation du fonctionnaire.

Pour les employés et les travailleurs du secteur public, les mêmes principes s'appliquent conformément aux dispositions des conventions collectives respectives.

193. Chaque Land a adopté ses propres directives pour l'application de ces principes. Ces dispositions ont conduit à une vérification large, parfois systématique et d'ailleurs différenciée selon les Länder, de la fidélité de candidats à la fonction publique et de fonctionnaires.

194. Le 22 mai 1975, la Cour constitutionnelle fédérale, dans une décision fondamentale, a précisé les principes en matière de vérification de la fidélité de candidats et de fonctionnaires (voir ci-après paragr. 214 et suivants).

195. Le 24 octobre 1975, la Chambre fédérale (Bundestag) adopta une résolution qui, à la lumière de la décision de la Cour constitutionnelle, appelait au respect de certains principes dans l'examen de la fidélité de candidats. La résolution invitait le gouvernement fédéral à veiller au respect de ces principes dans sa sphère de compétence. Elle invitait également les Länder à harmoniser leurs procédures sur la base de ces principes. La résolution soulignait la nécessité de protéger les intérêts légitimes des candidats, notamment l'assurance d'une procédure équitable et contrôlable.

196. Le 19 mai 1976, le gouvernement fédéral adopta de nouveaux principes à suivre dans la procédure de vérification de la fidélité d'un candidat à la fonction publique, compte tenu de la décision du 22 mai 1975 de la Cour constitutionnelle fédérale et de la résolution susmentionnée du 24 octobre 1975 de la Chambre fédérale.

197. Le 17 janvier 1979, le gouvernement fédéral adopta une nouvelle version des principes de 1976, entrée en vigueur pour l'administration fédérale le 1er avril 1979⁴³ et ayant la teneur suivante:

I

L'établissement de l'aptitude d'un candidat à fournir la garantie requise de fidélité à la Constitution sera de la responsabilité de l'autorité fédérale compétente pour prendre cette décision. L'autorité observera la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 22 mai 1975 et les principes posés dans la résolution du 24 octobre 1975 de la Chambre fédérale allemande, et tiendra compte de toutes les circonstances de chaque cas individuel.

II

En établissant si un candidat offre la garantie de fidélité à la Constitution requise pour l'emploi dans la fonction

publique, les principes de procédure suivants devront être observés uniformément:

1. En décidant si une demande doit être adressée à l'autorité responsable pour la protection de la Constitution, le principe de proportionnalité sera appliqué:

- 1.1 les demandes ne seront pas faites d'office;
- 1.2 les demandes seront faites lorsqu'il y aura des indications, fondées sur des faits, que le candidat ne remplit pas les exigences requises pour l'emploi dans la fonction publique; de telles indications peuvent être obtenues, en particulier pendant la période de formation (Vorbereitungsdienst) ou d'essai (Probe);
- 1.3 les demandes ne peuvent être faites que si un engagement est effectivement envisagé et que la fidélité à la Constitution reste la dernière condition de recrutement à vérifier;
- 1.4 les demandes ne seront pas faites si le candidat est âgé de moins de 18 ans.

2. Les principes suivants seront observés dans la communication d'informations par l'autorité responsable pour la protection de la Constitution sur la base des demandes faites par l'autorité qui recrute:

- 2.1 seuls les faits pouvant être invoqués devant les tribunaux, et qui sont de nature à faire douter de la fidélité du candidat à la Constitution, peuvent être communiqués aux autorités qui ont le droit de faire la demande;
- 2.2 les informations concernant les activités d'une personne avant qu'elle n'ait atteint l'âge de 18 ans, qui sont en possession des autorités responsables pour la protection de la Constitution, ne peuvent être communiquées, sauf si de telles activités font l'objet d'une procédure en cours devant une juridiction pénale;
- 2.3 des informations sur des faits remontant à plus de deux ans ne peuvent être communiquées à moins que cela ne soit rendu nécessaire par l'importance spéciale de ces informations à la lumière du principe de proportionnalité;
- 2.4 les informations dont la divulgation est prohibée par la loi ne peuvent être communiquées.

3. Les autorités fédérales suprêmes, dans la sphère de leur compétence, assureront que la pertinence des informations communiquées, éventuellement par l'autorité responsable pour la protection de la Constitution, et pouvant être invoquées en justice soit examinée par un organe central désigné par elles à cet effet.

4. Les autorités qui recrutent au niveau de la Fédération communiqueront par écrit toute réserve qu'elles peuvent avoir à l'égard de l'engagement d'un candidat avec les faits pertinents.

5. Le candidat a le droit de s'exprimer, à cet égard, oralement ou par écrit.

6. S'il est procédé à une audition, un procès-verbal sera dressé, que le candidat pourra consulter sur sa demande.

7. Le candidat pourra être assisté d'un conseil juridique s'il en exprime le souhait. Cette assistance sera limitée à des conseils au candidat et à des questions de procédure.

8. La décision dans les cas où l'aptitude du candidat ne pourra être établie est de la compétence de l'autorité de service suprême, c'est-à-dire en principe le ministre fédéral.

9. Les décisions de refus doivent être fondées uniquement sur des faits pouvant être invoqués en justice.

10. Le candidat sera informé par écrit, en tout cas s'il le demande, des motifs de son rejet et des faits sur lesquels il s'appuie; notification sera faite au candidat de son droit d'appel.

11. Des informations qui ne peuvent pas être communiquées à l'autorité qui recrute par l'autorité responsable pour la protection de la Constitution (paragr. 2.2, 2.3, 2.4) ne peuvent pas non plus être utilisées par l'autorité qui recrute si elles lui ont été communiquées par une autre source.

12. Si un candidat a été engagé nonobstant les informations fournies par l'autorité responsable pour la protection de la Constitution, tous les documents soumis par cette autorité seront retirés des dossiers personnels.

III

Les directives pour l'enquête de sécurité concernant les personnes employées par la Fédération restent inchangées.

198. Certains Länder ont également procédé à une modification de leurs directives selon les mêmes principes que la Fédération (Berlin,

Brême, Hambourg, Hesse, Rhénanie-du-Nord-Wesphalie, Sarre). La Rhénanie-Palatinat, après avoir fait des changements limités en 1979, a publié une nouvelle version en 1985 incorporant les principes concernant le devoir de fidélité, tels qu'énoncés par la Cour constitutionnelle fédérale en 1975, mais n'a pas changé quant au fond les directives antérieures.

199. Le 26 mars 1982, le ministre de l'Intérieur de l'époque présenta un projet de loi portant modification des articles 77 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et 45 de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Etats concernant les fautes disciplinaires en relation avec le devoir de fidélité à la Constitution et visant à tenir compte du comportement concret et de la nature des fonctions assumées pour déterminer si un comportement en dehors du service constitue une faute disciplinaire. L'article 77 de la loi sur les fonctionnaires fédéraux devait être modifié par l'adjonction des phrases suivantes:

Un manquement aux devoirs qui s'imposent au fonctionnaire en vertu de l'article 52 (2) de la loi sur les fonctionnaires fédéraux constitue une faute disciplinaire si, dans le cas individuel, un minimum de poids et de preuves du manquement au devoir est établi. Pour déterminer si un comportement en dehors du service est une faute disciplinaire par rapport aux devoirs qui s'imposent au fonctionnaire en vertu de l'article 52 (2), il convient de tenir compte de la nature et de l'étendue du comportement ainsi que des tâches assignées au fonctionnaire. Il y a présomption de faute disciplinaire si le comportement en dehors du service, même en tenant compte des droits fondamentaux du fonctionnaire, en particulier du droit à la libre expression d'opinion, ne peut être accepté⁴⁴.

200. Ce projet a été retiré en octobre 1982 après le changement intervenu au niveau du gouvernement fédéral.

201. En juin 1985, le gouvernement de la Sarre a levé les directives pour la vérification de la fidélité à la Constitution de 1979. A ce sujet, il a publié le texte suivant:

Le gouvernement de la Sarre a abrogé les directives de 1979 pour la vérification de la fidélité à la Constitution dans le service public.

Cette décision se base sur les principes et considérations suivants:

1. C'est un principe traditionnel, et qui doit être respecté, de la fonction publique permanente, ancré dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne, que le fonctionnaire a un devoir spécial de fidélité politique envers l'Etat et la Constitution. Il en résulte que, selon les dispositions de la loi sur les fonctionnaires de la Sarre, ne peut être nommé fonctionnaire que celui qui offre la garantie

qu'il prendra à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral. Le même principe vaut en vertu des dispositions de la loi sur les juges en ce qui concerne la nomination comme juge.

Le gouvernement réaffirme cette situation juridique. Il considère comme essentiel que le fonctionnaire s'engage dans l'exercice de ses fonctions en faveur de la Constitution. Le fonctionnaire confirme sa fidélité à la Constitution, non par des professions de foi et des convictions mais, en premier lieu, par la manière dont il exerce ses fonctions.

2. Dans un Etat démocratique dans lequel toute souveraineté émane du peuple (art. 20 2) i) de la loi fondamentale), le citoyen peut prétendre à ce que les organes de l'Etat lui fassent confiance. Voilà pourquoi les autorités n'ont ni motif ni légitimité démocratique de mettre en doute la fidélité à la Constitution des citoyens tant qu'il n'existe pas d'indications qu'ils ont des activités dirigées contre la Constitution. Pour cette raison, un candidat à un emploi de fonctionnaire ou de juge ne doit ni affirmer ni prouver qu'il est prêt à prendre à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral.

3. Par l'abrogation des directives pour la vérification de la fidélité à la Constitution dans le service public, le gouvernement de la Sarre apporte une contribution à plus de tolérance dans le débat politique et, par là, à plus de démocratie dans le pays. Ceci correspond plus à l'esprit de la Constitution que les vérifications des convictions qui, comme l'a indiqué la Cour constitutionnelle fédérale, "empoisonnent le climat politique", "n'irritent pas seulement ceux qui en sont touchés dans leur confiance en la démocratie" et "discréditent l'Etat libéral".

4. Le nouveau gouvernement de la Sarre considère en outre que l'abrogation des directives pour la vérification de la fidélité à la Constitution s'impose pour les raisons suivantes:

a) Les directives se fondent sur le décret sur les radicaux (Radikalenerlass) de l'année 1972 dont l'application a produit en République fédérale un climat de peur devant l'espionnage des convictions, ce qui est préjudiciable à un processus vivant de formation d'opinion et de volonté. L'application du décret sur les radicaux était douteuse d'un point de vue juridique et déraisonnable d'un point de vue politique. Elle était susceptible d'obscurcir "l'intensité lumineuse de la Constitution de la République fédérale par l'espionnage des convictions" (Helmut Simon, juge à la Cour constitutionnelle fédérale).

b) La pratique du décret sur les radicaux a nui au crédit international de la République fédérale d'Allemagne.

Ainsi, par exemple, la Commission européenne des droits de l'homme a critiqué le décret sur les radicaux comme étant un "contrôle non nécessaire" de la loyauté de serviteurs de l'Etat, disproportionné et superflu, et l'Organisation internationale du Travail (OIT) - une organisation du système des Nations Unies - a soumis la pratique du décret sur les radicaux à une enquête.

5. Que l'application du décret sur les radicaux ait été une erreur bureaucratique aux effets secondaires regrettables est également montré par le fait qu'en Sarre, dans les directives d'exécution en la matière, il est prévu l'institution d'une commission pour contrôler la fidélité à la Constitution, dont la composition et les attributions sont longuement décrites: en pratique, la commission n'est devenue active qu'une fois depuis 1972; l'examen de routine pratiqué autrefois par les demandes adressées à l'autorité responsable pour la protection de la Constitution n'a conduit dans aucun cas au refus d'un candidat.

L'abrogation des directives pour la vérification de la fidélité à la Constitution contribue ainsi également à la débureaucratisation.

202. En 1986, les directives suivantes étaient applicables au niveau fédéral et à celui des Länder:

- au niveau fédéral : principes de vérification de 1979
- au niveau des Länder:
 - Bade-Wurtemberg : directives du 15 octobre 1973
 - Basse-Saxe : directives du 20 juillet 1977 (avec annexes)
 - Bavière : directives des 18 avril 1972 et 27 mars 1973
 - Berlin : directives du 24 juillet 1979
 - Brême : directives du 14 mars 1977 et du 7 février 1983
 - Hambourg : directives du 13 février 1979
 - Hesse : directives du 9 juillet 1979
 - Rhénanie-du-Nord-Wesphalie : directives du 28 janvier 1980
 - Rhénanie-Palatinat : directives du 5 décembre 1972 et du 23 octobre 1979

Sarre : directives d'application levées en juin 1985 (voir ci-dessus)

Schleswig-Holstein : (texte non reçu).

203. Dans certains Länder, des demandes de renseignements sur les candidats à la fonction publique sont adressées systématiquement et d'office à l'autorité responsable pour la protection de la Constitution (Regelanfrage) (Bade-Wurtemberg, Bavière; en Basse-Saxe pour les fonctionnaires supérieurs (y compris des enseignants) et ceux de certains services comme par exemple la police, lorsque le candidat est déjà sélectionné; en Rhénanie-Palatinat lorsque le candidat entre dans la sélection étroite). Dans d'autres Länder, une telle demande n'est formulée que lorsque l'autorité qui recrute a connaissance de faits qui peuvent fonder des doutes sur la fidélité à la Constitution d'un candidat et lorsqu'un engagement est effectivement envisagé, la fidélité à la Constitution restant la dernière condition à vérifier (Berlin, Brême, Hambourg, Hesse, Rhénanie-du-Nord-Wesphalie).

204. Dans plusieurs Länder, le candidat à la fonction publique est invité à faire une déclaration dans laquelle il indique notamment qu'il est prêt par tout son comportement à témoigner son adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution et à prendre fait et cause pour celui-ci, et qu'il n'appuie pas des tentatives hostiles à la Constitution ou aux principes fondamentaux (Bade-Wurtemberg, Basse-Saxe, Bavière, Rhénanie-Palatinat). Dans trois de ces Länder, le candidat est tenu d'indiquer qu'il n'est pas membre d'une organisation dirigée contre la Constitution ou ses principes fondamentaux (Bade-Wurtemberg, Bavière, Rhénanie-Palatinat). Dans d'autres Länder, le candidat, sans être obligé formellement de faire une déclaration, se rend coupable de dol s'il dissimule sa participation dans de telles tentatives (Hesse).

205. Dans la plupart des Länder, il est précisé que les directives pour l'enquête de sécurité restent inchangées.

206. Situation en ce qui concerne le service préparatoire (Vorbereitungsdienst). Une période de service préparatoire dans la fonction publique est obligatoire pour l'accès à certaines professions, en particulier en ce qui concerne les enseignants et les juristes. Leur formation n'est terminée qu'après l'accomplissement du service préparatoire. Ils sont tenus d'accomplir ce service même s'ils n'ont pas l'intention d'entrer par la suite dans le service public.

207. Dans une décision du 22 mai 1975, la Cour Constitutionnelle fédérale a relevé qu': "il est loisible à l'Etat d'instituer une période préparatoire à l'emploi - où la réussite ouvrirait aux stagiaires l'accès tant à la fonction publique qu'aux professions indépendantes - en l'organisant de telle sorte que le stagiaire puisse y servir soit aux termes d'une relation d'emploi régie par le droit civil, soit aux termes d'une relation de droit public particulière et distincte de la relation de fonctionnaire. Si l'Etat opte pour une période préparatoire dans le cadre de la relation d'emploi de

fonctionnaire, il doit, à l'intention de ceux qui se destinent à faire carrière en dehors du service de l'Etat, soit prévoir une période préparatoire équivalente, non discriminatoire, qui puisse être accomplie sans conduire à une nomination comme fonctionnaire, soit prévoir, dans les réglementations régissant l'emploi des fonctionnaires, une disposition spéciale qui leur permette d'accomplir une période préparatoire en dehors d'une relation d'emploi de fonctionnaire."

208. Les directives sur la vérification de la fidélité à la Constitution de certains Länder (Hesse, Rhénanie-du-Nord-Wesphalie) disposent que des demandes de renseignements ne seront pas adressées à l'autorité responsable pour la protection de la Constitution lorsqu'il s'agit de candidats à un service préparatoire qui conditionne l'exercice d'une profession également en dehors du service public, comme la formation d'enseignant et de juriste. Une exception semblable est prévue en Basse-Saxe.

209. Certains Länder ont admis des candidats dans le service préparatoire en qualité d'employés pour leur permettre de terminer leur formation en vue de l'exercice d'une profession en dehors du service public.

210. En Bavière, le service préparatoire pour la formation d'enseignant ne peut être accompli qu'avec le statut de fonctionnaire, conformément à l'article 5 (1) 1) de la loi bavaroise sur la formation des enseignants, tel que modifié par une loi du 25 mai 1985. Le candidat au service préparatoire doit remplir les conditions nécessaires pour être fonctionnaire et donc offrir la garantie qu'il prendra à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral. Des exigences semblables existent au Bade-Wurtemberg. Le 2 octobre 1986, le Tribunal fédéral du travail a déclaré que le Bade-Wurtemberg était néanmoins tenu d'offrir à toutes les personnes désirant acquérir les qualifications d'enseignant la possibilité d'accomplir le service préparatoire nécessaire, même si des doutes existaient quant à leur fidélité à la Constitution. Des cas concernant le problème analogue en Bavière sont pendants devant le même tribunal.

211. Situation des employés et des ouvriers. En vertu des conventions collectives, le personnel contractuel du service public lié par un contrat de travail est également soumis à une obligation de fidélité à la Constitution.

212. Ainsi, l'article 8 (1) 2) de la convention collective fédérale pour les employés (qui s'applique aux employés de la Fédération aussi bien qu'à ceux des Länder et des communes) dispose que l'employé "doit par tout son comportement témoigner son adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution". Des dispositions semblables existent dans les conventions collectives pour les ouvriers de la Fédération, des Länder

et des communes ainsi que dans les conventions collectives pour les employés et les ouvriers des postes et des chemins de fer fédéraux.

213. Jurisprudence. Un certain nombre de décisions judiciaires relatives à la question du devoir de fidélité à l'ordre constitutionnel démocratique et libéral des fonctionnaires et candidats à la fonction publique, ainsi que des décisions concernant le devoir de fidélité des employés et ouvriers constituent des éléments importants dans l'appréciation de la pratique suivie dans le pays dans l'application du devoir de fidélité à la Constitution.

214. La Cour constitutionnelle fédérale, dans une décision fondamentale du 22 mai 1975, communément citée comme "Radikalenbeschluss"⁴⁵, a précisé son interprétation de la notion de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral des fonctionnaires et candidats à la fonction publique.

215. La Cour a estimé que l'histoire de la fonction publique allemande depuis la fin du XVIIIe siècle connaît un attachement particulier du fonctionnaire qui repose sur un devoir de fidélité. Au cours du temps se sont développés, à partir de ce devoir, une série de devoirs concrets tels qu'énoncés dans les lois sur la fonction publique. La Constitution maintient ce devoir de fidélité comme un principe traditionnel de la fonction publique. Le noyau du devoir de fidélité est constitué par le devoir de fidélité politique, c'est-à-dire la disposition de s'identifier avec l'idée de l'Etat que le fonctionnaire doit servir, avec l'ordre fondamental démocratique et libéral de cet Etat. Le devoir de fidélité politique du fonctionnaire envers l'Etat et sa Constitution constitue donc un principe traditionnel de la fonction publique permanente au sens de l'article 33 (5) de la Constitution. Ce devoir requiert du fonctionnaire l'adhésion à l'ordre étatique et constitutionnel en vigueur, et exige en particulier que le fonctionnaire prenne clairement ses distances de groupes qui attaquent, combattent ou diffament l'Etat, ses organes constitutionnels et l'ordre constitutionnel. Un parti qui, dans ses programmes, préconise la dictature du prolétariat ou qui approuve des moyens violents pour le renouvellement de l'ordre constitutionnel, si les circonstances devaient le permettre, poursuit des objectifs hostiles à la Constitution. Le devoir traditionnel de fidélité acquiert une signification particulière du fait que la Constitution institue une "démocratie combattante". Cette notion fondamentale de la Constitution exclut que l'Etat accepte et maintienne à son service des fonctionnaires qui rejettent et combattent l'ordre fondamental démocratique et libéral.

216. La Cour a précisé que le manquement au devoir de fidélité justifie en principe le licenciement du fonctionnaire à l'essai et du fonctionnaire à titre précaire et peut entraîner la révocation, à la suite d'une procédure disciplinaire (judiciaire), du fonctionnaire à vie.

217. Concernant l'accès à la fonction publique, la Cour a estimé que l'article 33 (5) et les lois exigent, comme condition d'accès à la fonction publique, que le candidat offre la garantie qu'il prendra en toutes circonstances fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral. La conviction que le candidat ne remplit pas cette garantie se basera sur une évaluation de sa personnalité émettant un pronostic et se fondera sur une multiplicité d'éléments variables, selon les cas, et sur leur appréciation. Un des éléments pouvant être d'une grande importance dans l'évaluation de l'aptitude du candidat peut être son adhésion ou son appartenance à un parti politique poursuivant des objectifs hostiles à la Constitution, indépendamment du fait que la Cour constitutionnelle fédérale aura ou non établi son anticonstitutionnalité, conformément à la procédure spéciale prévue à l'article 21 (2) de la Constitution.

218. Selon la Cour, les principes juridiques découlant de l'article 33 (5) s'appliquent à toute relation d'emploi dans la fonction publique, qu'il s'agisse de fonctionnaires à titre précaire, à l'essai ou à vie. Ces principes n'admettent pas de différenciation selon la nature des tâches incombant au fonctionnaire.

219. La Cour a également conclu que le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral, ayant valeur constitutionnelle en vertu de l'article 33 (5) de la Constitution, limite les droits fondamentaux garantis dans la Constitution, notamment la non-discrimination pour des motifs d'opinion politique (art. 3 (3)) et la liberté d'opinion (art. 5), et n'est pas contraire à l'article 12, concernant notamment la liberté du choix de la profession.

220. La Cour a indiqué qu'une obligation semblable de fidélité lie les employés du service public, même si les exigences sont moins élevées pour eux que pour les fonctionnaires.

221. Les tribunaux, en République fédérale d'Allemagne, ont considéré, en se référant au programme adopté par le DKP (Parti communiste allemand), que les objectifs de ce parti sont hostiles à la Constitution, en estimant généralement que le DKP attaque, combat et diffame l'ordre fondamental démocratique et libéral existant, et ils en ont tiré des conséquences quant à la fidélité à attendre de candidats à la fonction publique et de fonctionnaires.

222. Selon le Tribunal administratif fédéral⁴⁶, le DKP combat des éléments essentiels de l'ordre fondamental démocratique et libéral et aspire à une organisation de la société structurée différemment ainsi qu'à une forme d'Etat correspondante; le DKP rejette les principes fondamentaux d'une démocratie libérale fondée sur le droit (comme cela résulte de ses propres déclarations, des objectifs du programme de Mannheim adopté du 20 au 22 octobre 1978 et de ses déclarations antérieures). Le tribunal a estimé qu'il résulte de ces prises de position que le DKP est le successeur du KPD (Parti communiste d'Allemagne) interdit en 1956 par la Cour constitutionnelle fédérale; par exemple, le DKP professe son attachement au

marxisme-léninisme, une manière d'agir qui, selon la terminologie antérieure, devait conduire à la "révolution socialiste" et à la "dictature du prolétariat" et qui vise actuellement les mêmes objectifs avec une terminologie différente. Selon le tribunal, la profession en faveur des principes démocratiques de la Constitution qui figure au préambule du programme du parti est en opposition irréversible avec les objectifs de celui-ci.

223. Selon le tribunal, le DKP, non seulement attaque et combat l'ordre constitutionnel, il le diffame également. A cet égard, le tribunal a notamment mentionné le fait que le parti avait défini l'ordre économique existant comme étant un ordre "d'exploitation capitaliste"; il a estimé qu'une signification particulière s'attachait à la campagne menée contre les prétendues "Berufsverbote" (interdictions professionnelles) qui, selon lui, visait à discréditer la République fédérale à l'intérieur du pays et à l'étranger. Il a considéré que l'"indication réitérée et irritante que, dans les autres pays occidentaux, les communistes n'étaient pas exclus du service de l'Etat" était une diffamation de la République fédérale et de ses organes. Dans une décision du Tribunal administratif de Hanovre, en date du 21 décembre 1983 (cas Eckartsberg)⁴⁷, ce tribunal s'est référé au fait que le DKP soulignait des aspects négatifs de la vie dans la République fédérale tels que le chômage et les inégalités de revenu, sans mentionner le relèvement considérable, ces dernières années, du niveau de vie, le libre choix de chacun en ce qui concerne la formation, la profession, le mode de vie et l'utilisation de son revenu, les possibilités qu'ont aussi les travailleurs de constituer un capital, l'influence que peuvent exercer des syndicats librement constitués, les possibilités d'exprimer des vues politiquement opposées et les élections libres des organes législatifs. Ce même tribunal a également attaché de l'importance aux buts du DKP en ce qui concerne le contrôle centralisé du crédit, moyen étendu d'exercer une influence sur les entreprises privées qui continuent à exister, et a fait observer que l'article 15 de la Constitution (qui autorise la nationalisation du sol, des ressources naturelles et des moyens de production) ne prévoit pas la socialisation du crédit. Bien que ce jugement ait été réformé en appel par le Tribunal disciplinaire de Basse-Saxe, ce dernier a confirmé l'existence d'une violation objective du devoir de fidélité, estimant cependant que dans les circonstances particulières il n'existait pas de culpabilité subjective⁴⁸.

224. Le Tribunal administratif fédéral a adopté deux jugements importants en matière de fidélité à la Constitution de fonctionnaires le 29 octobre 1981 (cas Peter)⁴⁹ et le 10 mai 1984 (cas Meister)⁵⁰. Ces cas concernaient des fonctionnaires travaillant dans le Service des télécommunications des postes depuis plus de vingt-cinq ans. Le tribunal a souligné que le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral lie le fonctionnaire dans tout son comportement tant en dehors du service que dans l'exercice de ses fonctions. Ce devoir s'impose à tout fonctionnaire sans distinction selon la nature de ses fonctions. Le tribunal a estimé qu'une conduite irréprochable dans le service n'est pas suffisante. Il s'est fondé,

dans les deux cas, sur des activités politiques du fonctionnaire en dehors du service pour estimer qu'il violait son devoir de fidélité. Le tribunal a considéré que l'appartenance au DKP peut, selon les données du cas, constituer une preuve suffisante ou non (mais par ailleurs non nécessaire) d'une violation du devoir de fidélité politique. Cependant, l'engagement actif du fonctionnaire pour le DKP ou en son nom (notamment en y occupant un poste ou en étant candidat du DKP à des élections locales, régionales ou fédérales) serait une preuve d'identification à des objectifs hostiles à la Constitution et, par conséquent, une preuve de la violation du devoir de fidélité.

225. Le tribunal, ayant considéré les objectifs du DKP comme hostiles à la Constitution, a estimé que le fait que le fonctionnaire intéressé et le parti lui-même aient déclaré n'avoir aucune intention de modifier l'ordre constitutionnel par la violence, de même que la déclaration du fonctionnaire selon laquelle l'ordre fondamental démocratique et libéral constituait la base de sa compréhension de la Constitution et qu'il était prêt à prendre fait et cause pour elle, n'était pas pertinent. Celui qui témoigne son adhésion à un parti ayant des objectifs hostiles à la Constitution témoigne ainsi également son adhésion à ces objectifs et contre la Constitution.

226. Dans le cas Meister, le Tribunal fédéral administratif a ainsi réformé la décision en première instance du Tribunal disciplinaire fédéral qui, pour sa part, avait accepté la pertinence des déclarations du fonctionnaire. Le Tribunal disciplinaire fédéral avait considéré que, tant que les objectifs du fonctionnaire restaient dans la ligne de la Constitution et que le fonctionnaire prenait de manière non équivoque et expressément parti pour l'Etat et la Constitution, on ne pouvait l'obliger à se distancer d'un parti non interdit.

227. Les jugements dans les cas Peter et Meister ont établi la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. D'une part, ils ont eu une influence directe sur la politique et la pratique administrative des autorités en matière de procédure disciplinaire contre des fonctionnaires ayant des activités pour le parti DKP et d'autres partis ou organisations considérés comme poursuivant des objectifs hostiles à la Constitution. D'autre part, ils ont fourni une base décisive pour des jugements dans de nombreux cas confirmant ou ordonnant l'exclusion de fonctionnaires de la fonction publique.

228. Il convient de mentionner à cet égard plusieurs décisions qui mettent en relief la portée de cette jurisprudence. Ainsi, dans un jugement concernant un enseignant, fonctionnaire à vie (cas Eckartsberg), du 26 juin 1985, le Tribunal disciplinaire de Basse-Saxe⁵¹ a conclu que, par sa participation active et par sa candidature pour le DKP dans les élections communales de 1981, le fonctionnaire avait violé son devoir de fidélité. Le tribunal a, cependant, annulé son congédiement pour des considérations subjectives, estimant qu'il n'y avait pas eu violation coupable de ce devoir en raison des incertitudes juridiques résultant de l'attitude des autorités du Land qui l'employaient et de la déclaration du

fonctionnaire selon laquelle il examinerait le jugement du tribunal et en tiendrait compte dans le cas où le DKP lui offrirait à nouveau d'être candidat.

229. A la suite de cette décision, le gouvernement de Basse-Saxe a publié une circulaire pour attirer l'attention de tous les fonctionnaires sur deux jugements du tribunal de Basse-Saxe (dont celui dans le cas Eckartsberg susmentionné) concernant le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral. La circulaire attirait spécialement l'attention sur la déclaration du tribunal selon laquelle la candidature pour le DKP aux élections violait par elle-même le devoir de fidélité politique et l'employeur avait dans ce cas l'obligation d'engager des enquêtes disciplinaires.

230. Dans un jugement du 26 février 1986 concernant un enseignant fonctionnaire à vie (cas Jung), le Tribunal administratif de Neustadt-Weinstrasse, Rhénanie-Palatinat⁵², a constaté que le fonctionnaire, par sa participation active au DKP avant 1984, en exerçant différentes fonctions dans le DKP, avait appuyé un parti dont les objectifs sont hostiles à la Constitution et avait, de ce fait, violé son devoir de fidélité politique et commis une faute disciplinaire. Le tribunal a cependant constaté que le comportement du fonctionnaire pendant ses vingt-cinq ans d'activité ne s'était nullement reflété dans le domaine professionnel et que ni dans son enseignement ni dans ses contacts avec les élèves, les parents, les collègues, les supérieurs hiérarchiques le fonctionnaire ne s'était comporté comme un membre actif du DKP. L'intéressé n'avait manifestement à aucun moment dans son enseignement essayé d'influencer les enfants dans le sens de la politique communiste, et il n'existait donc pas de danger qu'il le fasse à l'avenir; ses performances professionnelles étaient bonnes, il jouissait de la sympathie des élèves, parents, instituteurs, était depuis dix ans membre du conseil du personnel de l'école et, en dehors de l'école, il avait acquis des mérites dans le cadre de la formation professionnelle. Le tribunal, tout en estimant que le fonctionnaire ne s'était pas distancé expressément du DKP et n'avait donc pas respecté le devoir de fidélité politique, a considéré qu'il n'avait probablement plus commis de faute disciplinaire depuis deux ans et qu'il n'y avait donc pas de raison de le révoquer. Le tribunal a ordonné la diminution de 15 pour cent du salaire du fonctionnaire pour une durée de trois années afin que celui-ci ne retombe pas dans ses activités d'avant 1984; il a indiqué que la reprise d'activités pour le DKP, comme celles mentionnées dans le jugement, aurait sans doute pour conséquence l'éloignement du service.

231. Parmi les décisions judiciaires concernant le devoir de fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral des fonctionnaires, il convient de relever l'attitude divergente adoptée par le Tribunal disciplinaire fédéral compétent pour statuer en première instance sur les affaires disciplinaires concernant les fonctionnaires fédéraux, dans les cas Peter et Meister et plus récemment dans les cas d'autres fonctionnaires des postes (cas Bastian Brück, Elsinger, Repp).

232. Le 26 juin 1985, le Tribunal disciplinaire fédéral⁵³ a prononcé un jugement en faveur d'un postier, fonctionnaire à vie depuis 1977 (cas Repp), au motif que, par son appartenance au DKP, par ses activités pour ce parti, le fonctionnaire ne s'était pas rendu coupable d'une faute disciplinaire. Le tribunal a relevé qu'à des époques antérieures, en particulier pendant la République de Weimar, le devoir de fidélité était défini d'une manière relativement stricte, de sorte que n'étaient interdits que l'abus des fonctions par le fonctionnaire ou un comportement visant à changer l'ordre existant par des méthodes violentes ou illégales. Le tribunal a considéré que la situation sous la République de Weimar pouvait servir à clarifier la portée de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale de 1975. Il en a conclu qu'un fonctionnaire ne commet pas de faute disciplinaire en apportant son soutien à un parti non interdit et en ayant des activités pour ce parti, y compris en adhérant à un tel parti, en exerçant une fonction ou en étant candidat pour ce parti.

233. En ce qui concerne les personnes travaillant dans le service public en vertu d'un contrat de travail, il convient de relever que la Cour constitutionnelle fédérale, dans sa décision du 22 mai 1975, avait précisé que "quoique soumis à des exigences moins rigoureuses que les fonctionnaires, les employés du service public ont, eux aussi, un devoir de fidélité envers leur employeur et ont le devoir d'accomplir consciencieusement leurs tâches; eux aussi sont tenus de ne pas attaquer l'Etat, au service duquel ils sont, ni l'ordre constitutionnel; eux aussi peuvent être licenciés sans préavis en cas de violation flagrante de leurs obligations de service; ils peuvent aussi se voir refuser l'accès au service public lorsqu'il y a lieu de penser qu'ils ne pourront ou ne voudront pas s'acquitter des devoirs liés à leur engagement".

234. Le Tribunal fédéral du travail a considéré que l'exigence de fidélité doit être différenciée, selon la nature des devoirs de la charge, lorsque le candidat à un emploi dans le service public est appelé à exercer ses fonctions sous le régime d'un contrat de travail et non pas avec le statut de fonctionnaire. Les exigences requises d'un candidat-employé découlent uniquement de l'article 33 (2) de la Constitution. Si on déduisait du devoir de fidélité contenu dans les conventions collectives un devoir de fidélité politique uniforme, détaché de leurs fonctions, pour tous les membres du service public, alors on limiterait inutilement et de manière disproportionnée les droits politiques fondamentaux des employés, la liberté d'opinion et la liberté d'activité politique dans un parti⁵⁴.

235. Ainsi, concernant le devoir de fidélité requis d'un candidat à un emploi d'instituteur, en service préparatoire, le tribunal a noté que celui-ci ne doit pas offrir la garantie qu'il prendra à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral; il suffit qu'il adopte vis-à-vis de l'Etat et de la Constitution une attitude en quelque sorte neutre et qu'on ne puisse s'attendre à ce qu'il mette en doute dans son enseignement les valeurs fondamentales de la Constitution⁵⁵. L'appartenance active au

DKP et au MSB-Spartakus ne permet pas à elle seule de fonder des doutes sérieux quant à la fidélité de ce candidat⁵⁶.

236. A propos du licenciement d'un employé du service public, le tribunal a noté, dans un jugement du 6 juin 1984, que l'activité politique d'un employé du service public (en l'occurrence la candidature pour le DKP dans des élections communales) ne constitue fondamentalement un motif personnel d'un congédiement ordinaire que si l'employé, compte tenu des tâches incombant à l'autorité, ne peut être considéré comme apte aux fonctions qu'il doit remplir en relation avec son travail. Un congédiement pour des motifs tenant au comportement présuppose que les activités politiques en dehors du service portent concrètement atteinte à la relation de travail⁵⁷.

Notes

¹ Population active totale (en 1000) 1984: 25.173.000. Source: Office fédéral des statistiques.

² B Verf GE, jugement du 23 octobre 1952, 1 BvB 1/51. NJW 1952, p. 1407.

³ B Verf GE, jugement du 17 août 1956, 1 BvB 2/51. NJW 1956, p. 1393.

⁴ B Verf GE, jugement du 17 août 1956, principes 5, 6, 8.

⁵ B Verf GE, jugement du 21 mars 1961, 2 BvR 27/60. NJW 1961, p. 723.

⁶ B Verf GE, décision du 22 mai 1975, 39 (357-361).

⁷ Loi sur les fonctionnaires fédéraux, entrée en vigueur le 1er septembre 1953, publiée au Bundesgesetzblatt du 6 mars 1953 dans une nouvelle version valable à partir du 1er mars 1985.

⁸ Loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder, entrée en vigueur le 1er septembre 1957, publiée au Bundesgesetzblatt du 6 mars 1957 dans une nouvelle version valable à partir du 1er mars 1985.

⁹ Voir, par exemple, loi sur les fonctionnaires: Bavière (17 nov. 1978), Basse-Saxe (28 sept. 1978), Rhénanie-du-Nord-Westphalie (1er mai 1981).

¹⁰ Voir, notamment, art. 2 (2), 3 et 4 de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder. En vertu de l'article 2 (3), l'exercice de compétences relevant des droits souverains doit être confié à titre permanent en règle générale à des fonctionnaires.

¹¹ Le régime des pensions de retraite est réglementé dans la loi sur l'assistance des fonctionnaires et magistrats (Beamtenversorgungsgesetz BeamtVG) du 24 août 1976.

¹² Règlement disciplinaire fédéral (Bundesdisziplinarordnung) du 20 juillet 1967 et règlements disciplinaires des Länder (voir également paragr. 59).

¹³ Source: "La gestion du personnel public en République fédérale d'Allemagne", Hans Joachim von Oertzen, Ministerialrat, Bonn, dans *Revue internationale des sciences administratives* 2/1983, pp. 215-222.

¹⁴ Convention collective des employés de la Fédération (Bundesangestelltentarifvertrag - BAT) du 1er avril 1961 dans sa version du 12 décembre 1984, art. 1, 2 et 3.

¹⁵ Convention collective des ouvriers au service de la Fédération (Manteltarifvertrag Bund - MTB).

¹⁶ Convention collective des ouvriers au service des Länder (Manteltarifvertrag Länder - MTL).

¹⁷ Source: Reinhard Mussnug: "Der Zugang zum öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland", dans "Verfassungstreue im öffentlichen Dienst europäischer Staaten"; Duncker et Humblott: "Schriften zum öffentlichen Recht", Band 379, pp. 417 et 418.

¹⁸ Source: von Oertzen, op. cit., p. 215.

¹⁹ Source: Office fédéral du travail, Institut pour la recherche sur le marché de l'emploi et des professions, Beitr AB 88, p. 428.

²⁰ Voir Mussnug, op. cit., pp. 424-428.

²¹ Professeur E.-W. Böckenförde: "Rechtsstaatliche politische Selbstverteidigung als Problem", in "Extremisten und öffentlicher Dienst", Nomos, p. 23. Voir, d'autre part: Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme, Cour (85) 33, mémoire du gouvernement de la République fédérale d'Allemagne (cas Kosiek), paragr. 25 et 29.

²² Source: Mussnug, op. cit., p. 430.

²³ *Idem*, pp. 430-431.

²⁴ Art. 21 à 32 de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder.

²⁵ Art. 31 (1) 1) et (4).

²⁶ Art. 32 (2).

²⁷ Loi du 15 mars 1974 sur la représentation du personnel fédéral (art. 78 (1)). Cette loi contient également des dispositions applicables dans les Länder. Voir également von Oertzen, op. cit., p. 221.

²⁸ Loi du 25 août 1969 relative à la protection des salariés contre le congédiement.

²⁹ Art. 40 (1) de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder: "Le fonctionnaire doit prêter serment. Le serment doit contenir un engagement à l'égard de la Constitution."

³⁰ Art. 77 (1) 2) et art. 45 (1) 2).

³¹ Art. 77 (2) et 45 (2).

³² B Verf GE, 39, 339. Décision connue sous le nom de "décision sur les radicaux" (Radikalenbeschluss).

³³ Source: Böckenförde, op. cit., pp. 2-39.

³⁴ Source: Gerhard Anschütz: "Die Verfassung des Deutschen Reichs", 14e édition, 1933, pp. 602-607.

³⁵ Böckenförde, op. cit., p. 19, note 15.

³⁶ *Idem*, pp. 19 et 20.

³⁷ *Idem*, p. 21.

³⁸ Source: Andreas Sattler: "Die rechtliche Bedeutung der Entscheidung für die streitbare Demokratie", Nomos 1982.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Böckenförde, op. cit., pp. 21-23.

⁴¹ *Idem*, p. 23: "Clause de garantie et clause d'adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral".

⁴² Voir ci-après, paragr. 224 et suiv.

⁴³ Source: Bulletin de l'Office de presse et d'information du gouvernement fédéral, no 6, p. 45, 19 janv. 1979. Le texte complet, y compris l'exposé des motifs, est reproduit en annexe.

⁴⁴ Modification semblable à l'article 45 de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder.

⁴⁵ B Verg GE 39, 339.

⁴⁶ B VerwG, jugement du 29 octobre 1981. NJW 1982, 779.

⁴⁷ Tribunal administratif de Hanovre, décision du 21 décembre 1983.

⁴⁸ Voir paragr. 228.

⁴⁹ Jugement du 29 octobre 1981, op. cit.

⁵⁰ B VerwG, jugement du 10 mai 1984. DVBL 1984, 955.

⁵¹ NDH A(1) 4/84.

⁵² 3K 1/85.

⁵³ BDiG I VL 25/83.

⁵⁴ BAG, jugement du 31 mars 1976. L'autorité qui recrute doit exposer les faits et, en cas de contestation du candidat, prouver les affirmations sur lesquelles elle fonde les doutes sur la fidélité à la Constitution du candidat. BAG, jugement du 29 juillet 1982.

⁵⁵ BAG, jugement du 9 décembre 1981.

⁵⁶ BAG, jugement du 5 août 1982.

⁵⁷ BAG, jugement du 6 juin 1984. NJW 1985, p. 507.

CHAPITRE 6

ALLEGATIONS PRESENTÉES ET DOCUMENTATION CORRESPONDANTE

Allégations présentées par la FSM

237. Dans sa réclamation du 13 juin 1984, la Fédération syndicale mondiale a allégué que le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a manqué au respect des engagements qu'il a pris en ratifiant la convention (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958. La FSM a estimé que l'inexécution par la République fédérale d'Allemagne de ses obligations résultait de pratiques discriminatoires, pour des motifs politiques, dont sont victimes des agents publics et des candidats au service public.

238. La FSM a rappelé qu'à sa 21^e session, tenue en novembre 1979, le Conseil d'administration du BIT avait examiné une réclamation antérieure, présentée sur la même question par la FSM, et qu'il avait déclaré close la procédure en se fondant sur le rapport du 15 juin 1979 soumis par le comité qui avait été désigné pour examiner la réclamation¹. La FSM a allégué que, depuis lors, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne n'avait pas déployé d'efforts sérieux pour rendre la législation et la pratique conformes à la convention.

239. A l'appui de sa réclamation, la FSM a invoqué les observations relatives à l'application de la convention no 111 en République fédérale d'Allemagne, formulées par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations dans son rapport à la Conférence en 1983². En dépit de ces observations, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne aurait persisté à donner une interprétation erronée de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111 (qualifications exigées pour un emploi déterminé) et de l'article 4 (activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat) pour justifier ses pratiques discriminatoires, qui seraient en contradiction avec la convention.

240. La FSM a affirmé que, depuis 1979, il y aurait eu plusieurs centaines de cas de mesures discriminatoires prises à l'encontre de candidats à des postes dans le service public ou d'agents publics. Entre l'automne de 1983 et le mois de février 1984, de nouvelles décisions auraient été prises par des tribunaux disciplinaires dans 12 cas et de nouvelles mesures disciplinaires auraient été appliquées dans 17 cas.