CHAPITRE 7

LA POSITION DU GOUVERNEMENT DE LA REPUBLIQUE FEDERALE D'ALLEMAGNE

394. Ainsi qu'il a déjà été indiqué au chapitre 2, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, par lettre du 27 mars 1986, a communiqué sa prise de position concernant la violation alléguée de la convention no 111, déclaration à laquelle était annexé un avis juridique du professeur Karl Doehring, professeur de droit public et de droit international à l'Université de Heidelberg et directeur de l'Institut Max-Planck de droit public étranger et de droit international.

395. Le texte communiqué par le gouvernement était le suivant:

(Traduction)

Dans sa lettre du 31 janvier 1986, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a déjà présenté certaines observations sur le déroulement de la procédure d'enquête. Le président de la commission d'enquête a répondu, par lettre du 28 février 1986, et a dissipé certains des doutes qu'avait le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne. Sans entrer dans les détails, il convient de souligner à nouveau que, selon l'opinion du gouvernement fédéral, le fait de donner à la Fédération syndicale mondiale un rôle similaire à celui d'un plaignant serait incompatible avec la Constitution de l'OIT et ne peut être fondé non plus sur aucune pratique constante. Sur ce point, et sur d'autres questions de procédure qui ont déjà été soulevées, le gouvernement fédéral se réserve le droit de formuler d'autres observations. Pour l'instant, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne voudrait présenter quelques commentaires sur les points de droit qui ont été soulevés et, si nécessaire, sur les déclarations et présentations faites par l'autre côté, et répondre ainsi à la demande figurant dans la lettre du 27 novembre 1985 du président de la commission d'enquête. En même temps, il souhaite, une fois de plus, exprimer sa ferme conviction que l'obligation de préserver la fidélité à la Constitution dans le service public est pleinement compatible avec la lettre et l'esprit de la convention (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958.

Le gouvernement fédéral ne peut manquer de faire remarquer le caractère politique de la réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale, le 13 juin 1984, et d'autres documents soumis dans l'enquête, en particulier parce qu'il ne semble pas que tous ceux qui sont intéressés à l'enquête se préoccupent de questions de droit.

Il convient de souligner d'abord que la République fédérale d'Allemagne se trouve, tant historiquement que géographiquement, dans une position spéciale. D'un côté, elle a appris par une expérience douloureuse qu'un régime totalitaire qui méprise les êtres humains et fait fi de leurs droits fondamentaux arrive à s'installer d'autant plus rapidement et plus facilement qu'il peut compter sur une partie des fonctionnaires. Ce ne furent nullement les seuls dirigeants de l'administration et du système judiciaire qui ont joué un rôle décisif, mais précisément aussi des enseignants et des "petits fonctionnaires" dans tous les domaines. La République fédérale d'Allemagne en a tiré la leçon qu'un corps de fonctionnaires animé de convictions démocratiques profondes constitue l'une des garanties les plus efficaces pour une démocratie libérale qui respecte et prône les droits de l'homme dans tous les domaines et contribue ainsi à la paix et à la liberté dans le monde. En outre, après la fin de la seconde guerre mondiale, l'instauration d'un Etat démocratique et libéral ne s'est révélée possible que dans une partie de l'Allemagne. C'est la raison pour laquelle, dès sa création, la République fédérale d'Allemagne a été contrainte de défendre l'ordre étatique démocratique et libéral contre des forces désireuses d'établir une dictature totalitaire du même type également dans la partie libre de l'Allemagne. Comme ces forces se sont rendu compte que l'Etat démocratique sait se défendre, elles cherchent de l'aide à l'extérieur pour briser cette défense et atteindre néanmoins leur objectif.

L'aspect politique de l'attaque ressort à l'évidence du seul fait que, ni dans les cas sur lesquels le comité du Conseil d'administration a fondé son rapport, ni dans les autres cas que la commission d'enquête a pris en considération dans son enquête, les voies de recours internes n'ont été épuisées. Le gouvernement fédéral a déjà relevé cela à plusieurs reprises. Bien que l'on prétende toujours à nouveau que le comportement du pouvoir exécutif et les décisions des tribunaux soient contraires à la Constitution, on évite de saisir la Cour constitutionnelle fédérale. Cette Cour, qui est l'instance judiciaire suprême en République fédérale d'Allemagne, a pour tâche de procéder à un examen exhaustif de toute allégation de violation des droits à la liberté et de se prononcer en dernier ressort sur la question.

Un tel comportement n'est pas le fruit du hasard. C'est ainsi qu'Angenfort, membre du présidium et du secrétariat du Comité central du Parti communiste allemand (DKP) - tous les cas individuels englobés jusqu'ici dans l'enquête peuvent être inclus dans l'obédience politique de ce parti -, a été invité à expliquer, au cours d'une interview, pourquoi les membres du DKP n'ont pas saisi la Cour constitutionnelle fédérale dans les cas en question (interview publiée dans le numéro d'Unsere Zeit du 25 janvier 1986 et diffusée en partie

sur la troisième chaîne de radiodiffusion d'Allemagne du Nord le 22 janvier). Sa réponse a été la suivante: "Tout d'abord, je dois dire que la décision des ministres-présidents des Länder, de 1972, sur les interdictions professionnelles (Berufsverbote) est une décision politique. Et nous pensons qu'à une décision politique doit être opposé un mouvement politique. Et c'est une excellente chose ...". Et Angenfort a déclaré par la suite: "Si le jugement - le jugement éventuel de la Cour constitutionnelle fédérale - comportait ne fût-ce qu'une seule formulation qui, d'une manière ou d'une autre, justifierait les interdictions professionnelles, ce serait en soi au détriment de tous les démocrates. Et comme nous voyons une chance de nous débarrasser entièrement des interdictions professionnelles - et elles doivent être balayées parce qu'elles sont inconstitutionnelles -, nous ne prenons pas la voie de la Cour constitutionnelle fédérale, dont l'attitude ambiguë à l'égard de la loi fondamentale a déjà été mise en évidence en relation avec les Verts; notre propos est, par le biais du mouvement contre les interdictions professionnelles, d'en appeler encore davantage qu'auparavant au public et d'avoir confiance en son soutien. Nous sommes persuadés d'être dans la bonne voie."

En présentant sa réclamation, la Fédération syndicale mondiale souhaitait appuyer la lutte politique ainsi définie et venir en aide à ceux dont l'objectif est de détruire l'ordre fondamental démocratique et libéral dans la République fédérale. Le but visé est de contraindre la République fédérale à abroger précisément les dispositions et les mesures propres à protéger le plus efficacement la liberté et la démocratie également dans l'avenir. Il s'agit d'assurer ainsi aux membres du Parti communiste allemand en tant que représentants idéologiques d'un Etat et d'un ordre social entièrement différents une place sûre dans l'appareil d'Etat de la République fédérale d'Allemagne. Cet objectif doit être réalisé même au prix de donner à nouveau accès aux postes dans la fonction publique en République fédérale d'Allemagne, également aux extrémistes de droite.

L'Organisation internationale du Travail et ses organes jouent un rôle trop important dans la diffusion des droits de l'homme dans le monde du travail pour pouvoir tolérer qu'on se serve abusivement d'eux comme une arme pour lutter contre la liberté, la démocratie et les droits de l'homme et, du même coup, contre les objectifs propres de l'Organisation. Les conventions de l'OIT n'ont pas été conclues pour que par leur entremise la liberté dans le monde du travail et le fonctionnement des syndicats libres soient restreints ou supprimés. La République fédérale d'Allemagne ne comprend pas pourquoi on voudrait l'empêcher de tirer les conclusions nécessaires de son histoire et de sauvegarder, en conséquence, son ordre fondamental démocratique et libéral.

Le gouvernement fédéral a déjà exposé sa position juridique à plusieurs reprises lors de l'examen antérieur de la réclamation, en particulier dans sa lettre du 18 décembre 1984 et dans la déclaration de son représentant devant le Conseil d'administration du Bureau international du Travail, le 3 juin 1985. En se référant expressément

à ces déclarations et à l'ensemble des déclarations antérieures exposant la position du gouvernement devant les organes de l'Organisation internationale du Travail sur les questions en cause, la République fédérale d'Allemagne récapitule encore une fois sa position. Les points suivants retiendront essentiellement l'attention:

- La convention no 111 est-elle effectivement applicable à la relation de fonctionnaire caractérisé par des droits et devoirs spéciaux? (section I)
- La pratique d'un Etat peut-elle faire l'objet d'une évaluation complète par des organes internationaux avant l'épuisement des recours internes? (section II)
- Les mesures adoptées en République fédérale d'Allemagne pour maintenir un service public fidèle à la Constitution servent la défense de la liberté et des droits de l'homme. Le domaine de protection de la convention no 111 ne s'en trouve pas touché (section III).
- La République fédérale d'Allemagne ne connaît pas de discrimination dans le service public fondée sur l'opinion politique. La liberté d'opinion est garantie par la Constitution nationale (section IV).
- Les devoirs spéciaux des fonctionnaires sont des exigences liées à un emploi déterminé. L'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111 exclut toute violation de la convention (section V).
- Une violation de la convention no 111 par la République fédérale d'Allemagne est également exclue par l'article 4 (section VI).

En examinant ces questions, le gouvernement fédéral évoquera également, directement ou indirectement, sur des points particuliers, le rapport du comité institué pour examiner la réclamation présentée par la Fédération syndicale mondiale le 13 juin 1984 (dénommé ci-après "comité du Conseil d'administration"), bien que ses conclusions et recommandations ne soient pas directement pertinentes pour la procédure en cours.

I. Application de la convention no 111 aux fonctionnaires

En examinant si les mesures prises en République fédérale d'Allemagne en vue de maintenir une fonction publique fidèle à la Constitution sont compatibles avec la convention no 111, la première question qui se pose est de savoir si cette convention s'applique également aux fonctionnaires dont la relation d'emploi est caractérisée par des droits et devoirs particuliers. En répondant à cette question, le gouvernement fédéral s'est laissé guider jusqu'ici par la conviction que les exigences spéciales requises des personnes

employées dans le service public, et notamment des fonctionnaires, doivent être considérées comme les qualifications exigées pour un emploi déterminé au sens de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111. Etant donné toutefois que cette interprétation, qui correspond à l'intérêt de l'Organisation internationale du Travail à voir ses conventions appliquées largement, n'a pas été retenue par le comité du Conseil d'administration, et que, lors de la séance du Conseil d'administration du 3 juin 1985, le groupe des travailleurs a soulevé la question de savoir si la convention no 111, telle qu'elle est actuellement libellée, permet de réglementer d'une façon appropriée la situation des membres du service public en tenant compte des exigences particulières liées à la qualité de fonctionnaire, il convient de répondre à cette question de principe. La question a un intérêt général pour l'Organisation internationale du Travail et tous ses Etats Membres. En effet, il existe des formes spéciales de relations d'emploi pour les fonctionnaires ou agents de l'Etat dans la plupart des Etats du monde.

Dans ce contexte, il convient de se demander si les relations d'emploi peuvent rentrer dans le champ de protection de la convention lorsque, comme c'est le cas pour les fonctionnaires en République fédérale d'Allemagne, elles ne sont pas caractérisées par les liens typiques d'employeur et de travailleur. Ainsi, il est caractéristique en République fédérale d'Allemagne que la relation d'emploi d'un fonctionnaire se rapporte à une fonction de souveraineté de l'Etat. Il se peut que la distinction, établie par le comité du Conseil d'administration (voir document GB.229/5/11, paragr. 32 (d)), entre les fonctionnaires exerçant des fonctions de souveraineté de l'Etat et les fonctionnaires occupant des postes techniques corresponde à la situation juridique existant dans certains autres Etats Membres de l'OIT. Elle ne correspond cependant pas à la situation en République fédérale d'Allemagne. Une autre question qui peut avoir son importance est de savoir si l'on peut laisser à la discrétion d'un Etat l'attribution ou non de fonctions de souveraineté à des relations d'emploi. En l'occurrence, cependant, cette question peut être laissée de côté car la convention no 111 ne réglemente pas les pouvoirs des Etats Membres de l'OIT à déterminer, dans le détail, leurs relations juridiques avec leurs agents. Peu importe à cet égard si des activités comparables exercées en République fédérale par des fonctionnaires sont, ou peuvent être, dans le même Etat Membre ou dans d'autres Etats Membres, réglées également dans le cadre d'une relation d'emploi ordinaire au sein du service public. Le choix, dans un cas particulier, d'une relation d'emploi (avec ou sans fonction de souveraineté) ou de la relation de fonctionnaire (avec une fonction de souveraineté) sera fait par chaque autorité dans le cadre des lois de l'Etat intéressé, dont la conformité avec les dispositions de la convention no 111 n'est pas en question.

Ces considérations semblent indiquer que les relations de fonctionnaire, au sens indiqué ci-avant, ne doivent pas être jugées selon les dispositions de la convention no 111.

Toutefois, si la commission d'enquête devait considérer que la convention no 111 s'applique également aux relations de fonctionnaire, il serait nécessaire, conformément au point de vue initial du gouvernement fédéral, de prendre en considération la nature spéciale du statut des fonctionnaires, au moins dans l'interprétation de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111 (voir également sur ce point la section V).

II. Non-épuisement des voies de recours

Etant donné l'indépendance et la haute autorité d'organes internationaux, la question se pose de savoir si ces organes sont en mesure de procéder à une évaluation complète de la pratique d'un Etat avant que les voies de recours internes n'aient été épuisées. Cette question s'impose en particulier lorsque le sujet de l'enquête ne porte pas sur les dispositions légales en tant que telles, mais sur leur application pratique. Ainsi, dans l'un des trois cas sur lesquels le comité du Conseil d'administration a fondé son rapport, le fonctionnaire intéressé a été, dans l'intervalle, excusé en seconde et dernière instance. Dans les deux autres cas également - tout comme dans les autres cas individuels que la commission d'enquête a communiqués en détail au gouvernement fédéral -, les personnes concernées n'ont pas épuisé tous les moyens de recours internes et n'ont pas saisi la Cour constitutionnelle fédérale, qui aurait été, elle, compétente avant tout à décider au sujet de l'inconstitutionnalité alléguée des mesures et décisions judiciaires prises.

Des cas individuels ne peuvent être considérés comme preuve d'une situation déterminée que si la procédure est close par une décision en dernière instance. C'est seulement dans ce cas qu'ils constituent un élément marquant dans l'image d'ensemble que la commission doit se faire. Une exception ne pourrait être admise que dans le cas où on ne pourrait exiger l'épuisement des voies de recours, par exemple du fait que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale - déterminante en l'occurrence - aurait déjà réglé la question. Etant donné qu'il n'existe à cet égard qu'une seule décision pertinente, prise en 1975 (voir Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 39, pp. 334 et suiv.), et que celle-ci laisse en suspens une série de questions particulières dont peut dépendre la décision dans des cas individuels, il n'existe sans doute pas de cas dans lequel, exceptionnellement, on n'aurait pu exiger l'épuisement des voies de recours internes. Il en serait de même si, en ce qui concerne des militants du DKP, il existait d'autres décisions prises par des comités en vertu de l'article 93 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale. Bien que ces comités ne soient pas "la Cour constitutionnelle fédérale", leurs décisions épuisent les voies de recours internes parce que les intéressés ne peuvent plus faire appel, par exemple, devant la Chambre compétente de la Cour constitutionnelle fédérale. Toutefois, ces décisions sont limitées, la plupart du temps, à quelques brèves indications et n'apportent en particulier pas de considérations nouvelles sur le plan juridique;

s'il en était autrement, il ne serait pas possible de prendre une décision en vertu des dispositions de l'article 93a de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, et c'est la Chambre compétente qui devrait trancher.

Etant donné que les militants du DKP dont les cas sont présentés par la FSM se sont délibérément abstenus d'épuiser les voies de recours internes et, en particulier, n'ont pas saisi la Cour constitutionnelle fédérale, leurs cas ne peuvent pas être pris en considération.

Cette conception vaut également pour le cas où il n'est plus possible d'épuiser les recours parce que l'intéressé a laissé expirer le délai (voir l'opinion juridique constante du Comité de la liberté syndicale de l'OIT, Bulletin officiel, vol. LX, 1977, cas no 866, paragr. 78, et autres références).

Le DKP a manifestement donné pour instructions à ses militants, qui les ont suivies, de ne pas faire appel devant la Cour constitutionnelle fédérale de décisions qui leur sont défavorables. Jupp Angenfort, membre du présidium et du secrétariat du Comité central du Parti - qui, soit dit en passant, était déjà membre du secrétariat du Comité central du Parti communiste d'Allemagne (KPD), interdit par la suite par la Cour constitutionnelle fédérale (voir Pfeiffer-Strickert, KPD-Prozess, Dokumentarwerk, vol. 3, p. 261) -, a justifié cette attitude dans l'interview télévisée du 22 janvier 1986, mentionnée plus haut. Sans doute le DKP craint-il que, si l'un de ses adhérents faisait appel devant la Cour constitutionnelle fédérale, celle-ci pourrait décider que le DKP est le successeur du KPD interdit et est, de ce fait, interdit ipso jure.

En tout cas, le non-épuisement d'une voie de recours interne consistant en la non-utilisation d'une procédure de recours disponible devrait également être pris en considération, lors de l'examen des faits, dans une procédure où il est allégué qu'une convention de l'OIT et, partant, le droit international ont été violés (voir Comité de la liberté syndicale, 168e rapport, cas no 866, paragr. 78 (BO, vol. LX, 1977, série B, no 3, p. 15, et autres références)).

Au surplus, le gouvernement fédéral estime que c'est faire un usage abusif des organes internationaux de contrôle des normes que de recourir délibérément, pour des raisons politiques, directement à ces organes en passant outre aux plus hautes juridictions nationales.

Telle est la procédure suivie par d'autres organes internationaux. C'est ainsi que, dans une affaire comparable, la Commission européenne des droits de l'homme a rejeté une plainte en la jugeant irrecevable au motif que les recours internes n'avaient pas été épuisés (décision du 16 décembre 1982, plainte no 9251/81, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1984, 549/550-551; Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ), 1983, 411). De même, la Commission

des droits de l'homme de l'UNESCO, lors de sa réunion du 17 mai 1983, a sursis à l'examen de deux plaintes en attendant l'épuisement des recours internes.

Même dans l'hypothèse de l'épuisement des voies de recours internes, il y aurait encore lieu de rechercher si la pratique de la République fédérale d'Allemagne est compatible avec les dispositions de la convention no 111. Sur ce point, il suffit de se référer à des procédures pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme, dans lesquelles cette condition a été remplie. Le représentant du Dr Kosiek a déclaré, devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, lors de la procédure orale du 22 octobre 1985, qu'il s'était également adressé à l'Organisation internationale du Travail dans cette affaire et qu'il avait invoqué une violation des dispositions de la convention no 111. Si cette assertion est exacte, ce cas n'a manifestement pas été inclus dans l'enquête.

En outre, par lettre du 31 juillet 1984, le Dr Huber, avocat, représentant légal permanent du Comité exécutif du Parti national démocratique d'Allemagne (NPD), a informé le ministre fédéral de la Défense que tout cas de "discrimination" serait dorénavant immédiatement soumis à l'Organisation internationale du Travail et que tous les cas antérieurs seraient également portés à sa connaissance. L'inclusion appropriée de ce genre de cas serait certainement utile à l'examen du contexte général de l'application de la convention no 111 au plan national.

III. Domaine de protection de la convention no 111

Selon le gouvernement fédéral, les mesures prises en République fédérale d'Allemagne pour maintenir un service public fidèle à la Constitution n'affectent pas le domaine de protection de la convention no 111. En effet, la République fédérale d'Allemagne, tout comme l'Organisation internationale du Travail, est soucieuse de défendre et d'étendre les droits de l'homme dans le monde du travail, et non pas de les restreindre ou de les éliminer.

C'est pourquoi la Constitution de la République fédérale d'Allemagne vise à garantir la pérennité d'une Allemagne démocratique et libérale. La Constitution est fondée sur le principe d'une "démocratie combattante", c'est-à-dire sur l'idée que personne ne peut se servir abusivement des droits à la liberté garantis par la Constitution en vue de détruire cet ordre étatique démocratique et libéral (voir Cour constitutionnelle fédérale, décision du 22 mai 1975 (2 BvL), 13/73, BVerfGE 39, 334/368 et suiv.). Les mesures incluses dans la loi fondamentale pour garantir la liberté comprennent également le devoir - ayant valeur constitutionnelle en vertu de l'article 33, paragraphe 5 - des fonctionnaires de témoigner par tout leur comportement leur adhésion à l'ordre fondamental démocratique et libéral défini par la Constitution, et de prendre fait et cause pour celui-ci (art. 52 (2) de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et

art. 35 (1), 3), de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder). La législation, l'administration et la jurisprudence en République fédérale d'Allemagne sont liées par ce principe constitutionnel. Il est en conséquence exclu de s'écarter des mesures de protection visant au maintien d'un service public fidèle à la Constitution.

De plus, aucun des groupes qui jouent un rôle social en République fédérale d'Allemagne ne s'écarter de cette position fondamentale. Le groupe parlementaire du Parti social-démocrate d'Allemagne (SPD) à la Chambre fédérale (Bundestag) a souligné récemment encore, dans une motion en date du 29 janvier 1986, qu'une personne employée dans le service public ne devrait pas, par ses activités, combattre les principes fondamentaux de la Constitution. De même, la Confédération allemande des syndicats (DGB), dans sa lettre du 27 janvier 1986, ne met pas en cause ce principe. Les résolutions de 1972, 1976 et 1980, communiquées par le Syndicat allemand des travailleurs des chemins de fer par lettre du 30 janvier 1986, contiennent des déclarations analogues.

Le gouvernement fédéral n'est pas d'avis que l'interprétation des conventions devrait être soumise exclusivement à l'appréciation nationale des Etats Membres, les privant ainsi de leur valeur. Néanmoins, entretenir un dialogue intense et bien préparé, qui conduit à une interprétation d'une convention acceptable par tous, ne peut que servir les objectifs de l'Organisation internationale du Travail.

La commission d'enquête voudra considérer, à ce propos, que la République fédérale d'Allemagne, notamment du fait de son passé historique particulier, doit se prémunir contre une situation dans laquelle certains serviteurs de l'Etat, qui ont juré fidélité à la Constitution, peuvent appeler à une dictature en se référant de manière inadmissible à la convention no 111. Quelqu'un qui prend fait et cause pour des systèmes totalitaires n'a pas sa place dans le service de l'Etat. La protection de la liberté ne doit pas être confiée à ses adversaires. En fait, ces considérations correspondent au Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques. Le Pacte prévoit, en son article 5:

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

En conséquence, la République fédérale d'Allemagne considère qu'elle agit en plein accord avec les notions de protection contenues dans la convention no 111, en n'employant pas dans le service de l'Etat des fonctionnaires qui préconisent un système totalitaire. Seule une personne qui est désireuse de combattre et détruire:

- le respect des droits de l'homme concrétisés dans la loi fondamentale;

- la souveraineté du peuple;
- la séparation des pouvoirs;
- la responsabilité du gouvernement et la légalité de l'administration;
- l'indépendance des tribunaux;
- le pluralisme des partis politiques et l'égalité des chances pour tous les partis politiques, assortie du droit de constituer, conformément à la Constitution, une opposition et d'exercer celle-ci,

(pour ces composantes de l'ordre fondamental démocratique et libéral, voir BVerfGE 2, 12; 5, 140) peut être touchée par des mesures visant à maintenir un service public fidèle à la Constitution. Selon le gouvernement fédéral, il ne peut être interdit à un Etat démocratique d'exiger de ses fonctionnaires qu'ils prennent fait et cause pour ces principes, les plus élémentaires de tout système d'Etat démocratique. Cette garantie fondamentale et globale de la liberté et des droits fondamentaux de tous les citoyens ne saurait constituer une attaque contre ces mêmes droits. Une telle position ne peut être contraire aux principes de l'Organisation internationale du Travail.

Une convention de l'Organisation internationale du Travail qui est un garant des droits de l'homme dans le monde du travail ne peut servir à favoriser des personnes qui ne respectent pas les droits de l'homme. S'il en était ainsi, les efforts de l'Organisation internationale du Travail iraient à l'encontre de leur but.

Ce sont précisément les éléments susmentionnés, indispensables à l'ordre démocratique et libéral propre à un Etat fondé sur le droit et le bien-être social, que la République fédérale d'Allemagne, de concert avec l'Organisation internationale du Travail, s'efforce de protéger. Dans ce contexte, elle se réfère également à la prise de position de la Confédération allemande des associations d'employeurs, en date du 31 janvier 1986, fondée sur des considérations similaires.

Il s'ensuit que la position juridique et constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne est pleinement conforme aux dispositions de la convention no 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, de sorte qu'il n'y a pas lieu de changer la pratique nationale, même si cela était possible. La République fédérale d'Allemagne a déjà souligné ce point à plusieurs occasions.

IV. Pas de discrimination au sens de l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111

La République fédérale d'Allemagne ne pratique pas de discrimination qui conduise à une inégalité de traitement en matière d'emploi ou de profession sur la base des opinions politiques, et encore moins de mesures dites d'interdictions professionnelles (Berufsverbote). La République fédérale est une démocratie libérale où nul ne fait l'objet d'une discrimination sur la base de ses opinions

politiques ou de son appartenance à un parti politique particulier, ceci également dans le service public.

1. Le droit d'exprimer librement son opinion est garanti par notre Constitution; la Constitution, à savoir l'article 3, paragraphe 3, interdit, tout comme la convention no 111, tout préjudice ou préférence fondé sur l'opinion politique de la personne intéressée. Ces dispositions constitutionnelles nationales ne sont pas violées par les mesures de protection adoptées par la République fédérale d'Allemagne en vue de maintenir un service public fidèle à la Constitution, ainsi que la Cour constitutionnelle fédérale l'a expressément constaté dans sa décision fondamentale du 22 mai 1975 (BVerfGE 39, 334/360 et suiv., 367 et suiv.).

Il est en effet exigé des candidats à un emploi dans le service public et des fonctionnaires qu'ils reconnaissent les valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel en vigueur qui garantissent la liberté. Il est en effet du devoir de toute autorité de l'Etat et, partant, des membres du service public de protéger la sphère de liberté de l'individu et son espace vital. La protection de la liberté et des droits de l'homme ne peut être confiée à leurs adversaires. C'est cet accord de principe avec l'ordre fondamental, dont le fonctionnaire est le serviteur, qui établit le lien avec le devoir de fidélité à la Constitution, et non l'expression de l'opinion politique ou l'appartenance à un parti.

A cet égard, on ne saurait trop insister sur le fait que la République fédérale d'Allemagne sait, de par sa propre et douloureuse expérience, de quoi elle parle. Rien n'est plus dangereux pour une démocratie libérale qu'un service public qui se distancie intimement de cette démocratie et cherche à la détruire.

Ne serait-ce que pour cette raison, il est incompréhensible que le comité du Conseil d'administration ait pu arriver à une conclusion différente en ce qui concerne les dispositions de l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111, qui correspondent aux dispositions de l'article 3, paragraphe 3, de la loi fondamentale.

2. Les mesures prises pour maintenir un service public fidèle à la Constitution de la République fédérale d'Allemagne ne sont pas liées aux opinions politiques de la personne intéressée. En évaluant cette déclaration, il convient de ne pas confondre liberté d'expression des opinions politiques et fidélité à la Constitution au sens des dispositions de la loi fondamentale.

En République fédérale d'Allemagne, chaque fonctionnaire peut avoir et professer des opinions politiques contraires à la politique du gouvernement et chercher à les réaliser. Tout fonctionnaire peut travailler activement à un changement des conditions politiques et sociales existantes, voire préconiser un changement de la Constitution elle-même. Les limites de la tolérance ne sont atteintes que si l'on poursuit des objectifs visant à détruire les droits de la personne humaine et les droits fondamentaux, ainsi que la structure

fondamentale de l'Etat qui en est le garant. Sur ce point, la Constitution elle-même a interdit tout changement en son article 79, paragraphe 3, afin d'assurer une protection efficace du fondement essentiel de la démocratie. Si, en dépit de la stricte injonction constitutionnelle, des efforts sont déployés pour amener des changements dans ce domaine, alors il ne s'agit plus d'une question d'opinion politique, mais bien d'une question de garantie d'une Constitution libérale. Les efforts déployés pour amener ces changements n'ont plus rien à voir avec "l'expression ou la manifestation d'une opposition aux principes politiques établis", mais ont pour but de détruire l'ordre libéral et les droits de l'homme eux-mêmes et, en conséquence, également la liberté d'opinion.

3. A ce propos, le gouvernement fédéral se réfère à la limite que la commission d'experts a elle-même fixée au champ d'application de la convention no 111. La commission a fait observer "que, si certaines doctrines visent à apporter des changements fondamentaux aux institutions de l'Etat, cela ne constitue pas une raison pour considérer que leur propagation échappe à la protection de la convention en l'absence du recours ou de l'appel à des méthodes violentes ou inconstitutionnelles, en vue de parvenir aux résultats recherchés" (voir rapport III (partie 4 A), Conférence internationale du Travail, 69e session, 1983, pp. 217 et 219). C'est cependant le cas ici. Etant donné que tout changement apporté aux valeurs et principes fondamentaux considérés comme inaltérables par la Constitution (art. 79, paragr. 3, de la loi fondamentale) est absolument exclu, quiconque veut abolir ces garanties de liberté utilise ou préconise des méthodes inconstitutionnelles, attendu qu'il n'existe pas de méthodes légales à cette fin.

4. On soutient souvent dans ce contexte - c'est par exemple le cas de la Confédération allemande des syndicats dans sa communication du 27 janvier 1986 - que le comportement d'un parti politique hostile à la Constitution et celui de ses membres pris individuellement ne sont pas nécessairement identiques. Le gouvernement fédéral ne peut accepter ce point de vue: cette façon de voir les choses laisse entendre que le membre d'un parti peut se distancier, en son for intérieur, des buts de son parti. Même dans le cas d'une simple appartenance passive au parti, cette présomption semble quelque peu irréaliste. Dans le présent contexte, cependant, on peut faire abstraction de cet aspect de la question, étant donné que, de toute façon, le seul fait d'être membre d'un parti hostile à la Constitution ne peut suffire à justifier la révocation d'une relation de fonctionnaire. Le gouvernement du Land de Bavière a même pris une décision en ce sens en date du 19 juin 1979.

Néanmoins, quiconque participe activement à la vie d'un parti, exerce des fonctions au sein de ce parti et prend part aux élections en qualité de candidat de son parti démontre par là qu'il est animé de la volonté de lutter pour promouvoir la réalisation de ses objectifs et de son programme. Toute autre interprétation serait contraire au bon sens car elle supposerait que les dirigeants et les candidats d'un parti ont des aspirations et des idées autres que celles du parti au

nom duquel ils se présentent. Voilà pourquoi celui qui s'engage en faveur d'un parti hostile à la Constitution poursuit également lui-même les objectifs de ce parti hostile à la Constitution.

A cet égard, il est un autre argument qui revient constamment, selon lequel le DKP est un "parti légal", et les mesures prises contre ses membres dans la fonction publique doivent, par conséquent, être considérées comme "illégales".

A ce sujet, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne tient à clarifier ce qui suit:

Aux termes de l'article 21, paragraphe 2, de la loi fondamentale, sont inconstitutionnels 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. La Cour constitutionnelle fédérale statue sur la question de l'inconstitutionnalité. Toutefois, la Cour ne peut pas agir de sa propre initiative. En vertu des dispositions de l'article 43 (1), lu avec l'article 13 (2), de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale, une demande d'interdiction émanant de la Chambre fédérale (Bundestag), du Conseil des Etats (Bundesrat) ou du gouvernement fédéral est nécessaire dans le cas de partis exerçant leurs activités sur l'ensemble du territoire fédéral. Aucune demande de ce genre n'ayant été déposée jusqu'ici, le DKP, comme les autres partis comparables hostiles à la Constitution, peut participer sans entraves à la vie politique de la République fédérale d'Allemagne. D'après l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne, il appartient au pouvoir d'appréciation politique des autorités ayant compétence pour entamer la procédure prévue à l'article 21 de la loi fondamentale de juger s'il y a lieu de formuler une telle demande ou de s'opposer à l'action d'un parti hostile à la Constitution par des moyens politiques. Aucun reproche ne peut être adressé au gouvernement fédéral du fait que, précisément dans l'intérêt d'un débat politique démocratique, il n'a pas saisi la Cour constitutionnelle fédérale d'une demande tendant à interdire des partis extrémistes en tant qu'inconstitutionnels: une interdiction du Parti communiste allemand n'amènerait aucun changement dans la situation actuelle en ce qui concerne les personnes employées dans le service public, attendu que, s'agissant de juger la conduite de ces personnes, le fait que le DKP soit ou non interdit ne présente aucune importance déterminante.

Comme l'a déclaré la Cour constitutionnelle fédérale, dans sa décision fondamentale du 22 mai 1975 (BVerfGE 39, 334/358 et suiv.), l'article 33, paragraphe 5, de la loi fondamentale exige des fonctionnaires de prendre fait et cause pour l'ordre constitutionnel, alors que l'article 21, paragraphe 2, de ladite loi laisse le citoyen libre de rejeter cet ordre constitutionnel et de le combattre sur le plan politique, tant qu'il le fait au sein d'un parti qui n'est pas interdit et avec des moyens généralement autorisés. En effet, les obligations spéciales des fonctionnaires ne sont pas établies en considération de l'intérêt des partis politiques, ni, en particulier,

pour les empêcher d'exercer leurs activités politiques, mais en vue de protéger l'Etat constitutionnel contre les dangers susceptibles d'émaner de ses fonctionnaires (Cour constitutionnelle fédérale, loc. cit.). Au vu de cette décision claire de la Cour constitutionnelle fédérale, il ne peut y avoir d'ambiguïté: un fonctionnaire n'agit pas constitutionnellement du seul fait que son parti - dont il soutient activement les objectifs - n'a pas été formellement déclaré inconstitutionnel et, partant, interdit. A l'inverse, le comportement du fonctionnaire peut être considéré comme inconstitutionnel même si son parti n'a pas été déclaré inconstitutionnel au cours d'une procédure visant à son interdiction.

A la lumière des considérations qui précèdent, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne ne voit, dans les mesures qu'il a prises pour maintenir une fonction publique fidèle à la Constitution, aucune discrimination fondée sur l'opinion politique au sens de la convention no 111. En conséquence, une violation de cette convention est déjà exclue pour cette raison.

V. Application de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111

Si l'opinion du gouvernement fédéral selon laquelle la convention no 111 n'est pas applicable à l'objet de l'enquête ne devait pas être acceptée une violation serait en tout cas exclue sur la base de l'article 1, paragraphe 2. Ce paragraphe prévoit que les distinctions, exclusions ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations.

1. Le devoir de fidélité à la Constitution des fonctionnaires est une condition préalable inhérente aux qualifications exigées pour exercer un emploi dans la fonction publique de la République fédérale d'Allemagne. Ainsi qu'il a déjà été souligné à plusieurs reprises, compte tenu de la situation historique et géographique de la République fédérale d'Allemagne, il est nécessaire, pour la défense de l'ordre fondamental démocratique et libéral et des droits démocratiques de tous les citoyens, de veiller à ce que chaque agent de l'Etat défende ces droits à tout moment et oeuvre activement au maintien de la démocratie, faute de quoi il n'est pas apte au service de l'Etat en qualité de fonctionnaire. C'est le seul moyen de protéger la liberté de tous contre les ennemis d'extrême-droite ou d'extrême-gauche. C'est la raison pour laquelle, en tant que condition subjective de sa nomination, le candidat doit également offrir la garantie de fidélité à la Constitution, et chaque fonctionnaire est tenu d'agir pour le maintien de la démocratie. De son côté, l'Etat, en qualité d'employeur, doit pouvoir compter sur la loyauté de ses agents. Il doit pouvoir se fier à eux pour s'identifier à l'ordre démocratique et libéral propre à un Etat fondé sur le droit et le bien-être social (voir Cour constitutionnelle fédérale, loc. cit., pp. 347/348) et lui rester fidèle. Faute de quoi l'Etat devrait placer sa confiance en un fonctionnaire qui déclarerait de lui-même qu'il n'a pas foi dans l'Etat (voir déclaration de Mme Dorothea Vogt,

enseignante), lui donner un emploi et un traitement, et lui confier l'éducation de jeunes gens.

Ce principe de la relation de confiance particulière, principe fondamental de l'obligation légale de loyauté des fonctionnaires à l'égard de l'employeur, se retrouve sans doute dans tous les Etats du monde, voire dans la relation entre les organisations internationales et leurs fonctionnaires. En même temps, il y a bien entendu une différence entre le devoir de fidélité envers un monarque absolu, un Führer totalitaire, ou envers un Etat démocratique, libéral et pluraliste. Le professeur Karl Doehring, dans un avis juridique sur la question de savoir si la situation juridique et la pratique en République fédérale d'Allemagne consistant à exclure les extrémistes de la fonction publique sont ou non conformes aux dispositions de la convention no 111, a évoqué ce point de vue et entrepris des recherches approfondies sur le sujet. Cet avis est joint à la présente communication. Le gouvernement fédéral souligne que le Statut du personnel du Bureau international du Travail lui-même demande la loyauté du personnel (art. 1.4) et exige qu'il ne s'engage pas activement dans des partis politiques, dans la mesure où cela est incompatible avec l'exercice de ses fonctions (art. 1.2). Dans ces conditions, est-il concevable qu'un membre du personnel du Bureau international du Travail puisse s'engager activement dans un mouvement qui se bat pour l'abolition de la liberté syndicale et du droit de grève et pour imposer d'autres restrictions aux droits de l'homme dans le monde du travail, voire pour introduire l'apartheid, sans craindre des sanctions de la part de son employeur?

La question de savoir si la loyauté des fonctionnaires et les obligations de service spéciales concomitantes sont compatibles avec les dispositions de la convention no 111 ne se pose pas seulement à la République fédérale d'Allemagne. Elle revêt également une importance considérable pour tous les autres Etats Membres de l'Organisation internationale du Travail. Selon les résultats de l'enquête, il sera peut-être également nécessaire d'examiner si la législation et la pratique dans d'autres Etats sont compatibles avec les dispositions de la convention no 111. A cet égard, le gouvernement fédéral souhaiterait se référer, à nouveau, aux considérations exposées au début de sa déclaration: si, en dépit de l'existence de liens particulièrement étroits entre l'employeur et les fonctionnaires qui caractérise chaque relation de fonctionnaire, en dépit des obligations spéciales de loyauté et en dépit de la responsabilité spéciale du corps des fonctionnaires envers la collectivité dans son ensemble, la convention no 111 est applicable sans réserve également aux fonctionnaires, ces caractéristiques spéciales irréfutables doivent alors être prises en considération au moins dans l'interprétation de l'article 1, paragraphe 2, de la convention. L'activité de fonctionnaire serait alors, en tant que telle, "un emploi déterminé" au sens de cette disposition, de sorte que les limitations qui en résultent nécessairement pour toutes les personnes ayant le statut de fonctionnaire seraient couvertes par la disposition en question. De l'avis du gouvernement fédéral, ce serait là une interprétation

appropriée dans l'intérêt de toutes les parties, la seule alternative étant d'exclure totalement l'applicabilité de la convention aux fonctionnaires.

2. Eu égard aux nombreuses tentatives de la Fédération syndicale mondiale d'accuser la République fédérale d'Allemagne de violer le droit fondamental de la liberté d'opinion, il convient de souligner une fois de plus, en se référant à l'application de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111, que les mesures de protection prises par la République fédérale d'Allemagne en vue de conserver un service public fidèle à la Constitution n'ont pas pour objet l'opinion politique des personnes intéressées, mais visent à la défense de la démocratie libérale. Les remarques, fréquemment citées, de la commission d'experts à ce sujet (CIT, 47e session, 1963, rapport III (partie IV), partie 3, Discrimination en matière d'emploi et de profession, p. 201, paragr. 42), veulent garantir également aux représentants de l'opposition politique l'égalité d'accès au service public et leur maintien dans cet emploi. Des dérogations à cette règle ne seraient possibles que dans le cas de postes supérieurs impliquant une responsabilité pour la mise en oeuvre de la politique gouvernementale.

Ceci est pleinement pris en considération en République fédérale d'Allemagne. Des partisans déclarés de partis d'opposition ont de tout temps trouvé en grand nombre un emploi dans le service public et occupé également des postes au plus haut niveau dans l'administration. Il en ressort que le devoir de fidélité à la Constitution n'exige pas la loyauté à l'égard des gouvernements respectifs et de leur politique mais, dans un sens entièrement différent, la loyauté envers l'Etat et son ordre fondamental libéral, tout à fait indépendamment des convictions politiques de ceux qui le gouvernent.

Cette attitude positive envers l'ordre fondamental démocratique et libéral qui est exigée par-delà de toutes les opinions politiques doit - ainsi qu'il sera démontré plus loin - être exigée de chaque fonctionnaire, quelle que soit sa fonction. Il s'agit donc d'une exigence inhérente à l'emploi de fonctionnaire, qui doit être satisfaite concrètement par chaque fonctionnaire en raison de sa fonction de garant de l'ordre constitutionnel et libéral qui caractérise un Etat de droit et qui est, par conséquent, couverte par les dispositions de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111.

3. Dans ce contexte, on répète toujours que l'application des mesures de protection destinées à maintenir un service public fidèle à la Constitution devrait être différenciée selon la nature des fonctions effectivement exercées et, en outre, selon que l'activité du fonctionnaire intéressé se situe "dans l'exercice de ses fonctions" ou "en dehors du service". Les remarques essentielles à faire à ce sujet sont les suivantes:

En vertu de l'article 33, paragraphe 4, de la loi fondamentale, l'exercice de compétences relevant des droits souverains doit être confié à titre permanent en règle générale à des membres du service

public qui se trouvent dans une situation de service et de fidélité relevant du droit public, en d'autres termes à des fonctionnaires. Dans l'exercice de compétences relevant des droits souverains, il ne peut exister que des droits et des obligations uniformes pour tous les fonctionnaires. Aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires qui ont l'obligation de respecter les valeurs fondamentales de la Constitution libérale et d'autres qui, en dépit de leur statut de fonctionnaire, peuvent se comporter impunément de façon déloyale. En effet, les fonctionnaires pris dans leur ensemble, depuis les chefs de l'administration jusqu'aux innombrables agents de la base, constituent l'épine dorsale de l'Etat et, en même temps, le mécanisme qui permet seul à la collectivité d'exercer son autorité souveraine. Les ennemis de la Constitution qui parviennent à prendre pied dans ce domaine sont en position de saper de l'intérieur l'institution politique démocratique afin de la détruire à l'occasion d'une crise.

Des exigences spéciales concernant le devoir de fidélité sont nécessaires pas uniquement pour les détenteurs de postes particuliers de direction au sein de l'administration impliquant une responsabilité spéciale dans la mise en oeuvre de la politique gouvernementale. Ces agents, eu égard à leur petit nombre et à leur position éminente, attirent toujours l'attention du public et des institutions politiques de contrôle et sont facilement interchangeable en cas de coup de force; c'est pourquoi ils présentent moins d'intérêt aux fins de la réalisation d'un plan d'infiltration à long terme de l'appareil de l'Etat.

Les attaques contre l'ordre fondamental démocratique et libéral sont beaucoup plus à craindre précisément à partir des positions moyennes et subalternes dans l'administration publique parce qu'elles permettent à un régime totalitaire de se servir, sans résistance appréciable, des rouages officiels bien huilés et de mettre ainsi la main sur l'Etat. Pour empêcher cette infiltration, qui est en République fédérale d'Allemagne le but avoué des extrémistes de droite comme de gauche (ce qu'on appelle "la marche à travers les institutions"), la loyauté et la fidélité à la Constitution doivent être exigées de tous les fonctionnaires sans distinction. Pour les mêmes raisons, il n'est pas possible de faire abstraction du comportement d'un fonctionnaire en dehors de son service. En effet, il n'est pas concevable qu'une personne défende la liberté et les droits de l'homme pendant les heures de service et les combatte lorsque la journée de travail est terminée. Cette importance essentielle de la prévention n'a pas été suffisamment appréciée jusqu'ici. Le gouvernement fédéral se propose d'y revenir.

Le projet d'une troisième loi visant à modifier les dispositions légales relatives aux fonctionnaires, en date du 27 août 1982, qui a été mentionné dans ce contexte par la Confédération allemande des syndicats dans ses commentaires du 27 janvier 1986 ainsi que par d'autres organisations, n'est pas en contradiction avec cette position de principe adoptée par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne.

Le but de ce projet de loi n'était pas de redéfinir le contenu du devoir de fidélité qui incombe aux fonctionnaires ou de modifier la situation juridique existante. Il s'agissait en fait d'insérer des indications spécifiques dans les lois régissant les fonctionnaires sur la base de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale en date du 22 mai 1975, déjà mentionnée à plusieurs reprises. A l'article 77 (1) de la loi sur les fonctionnaires fédéraux et à l'article 45 (1) de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder - et par conséquent, non pas en ce qui regarde les obligations des fonctionnaires, mais en ce qui concerne les conséquences d'un manquement aux obligations -, l'adjonction suivante, étroitement calquée sur le libellé de la décision fondamentale précitée, devait être faite: "Un manquement aux devoirs qui s'imposent au fonctionnaire en vertu de l'article 35 (1), troisième phrase, de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder ou 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 est établi. Pour déterminer si un comportement en dehors du service constitue une faute disciplinaire par rapport aux devoirs qui s'imposent au fonctionnaire en vertu de l'article 35 (1), troisième phrase, de la loi sur les fonctionnaires des Länder [ou de l'article 52 (2) de la loi sur les fonctionnaires fédéraux], 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 dûment compte des droits fondamentaux du fonctionnaire et, en particulier, du droit à la libre expression d'opinion, ne peut être accepté."

Toutes les caractéristiques juridiques de ce projet, notamment le principe de proportionnalité et le principe de l'évaluation de chaque cas individuel, ont déjà été établies en tant que principes de droit par la Cour constitutionnelle fédérale dans sa décision du 22 mai 1975. En conséquence, elles ont force obligatoire pour toutes les autorités de l'Etat, y compris les tribunaux.

Le principe de proportionnalité est de plus un principe fondamental du droit administratif allemand et doit donc être observé, en tout cas, dans toutes les décisions impliquant une certaine marge discrétionnaire ou d'appréciation. La définition des limites de la liberté d'opinion, que l'article 5 de la loi fondamentale garantit en principe également à chaque fonctionnaire, a déjà été établie par la Cour constitutionnelle fédérale elle-même (loc. cit., pp. 366/367).

C'est pourquoi les "indications spécifiques" envisagées dans le projet de loi auraient peut-être pu être contestées, de l'avis du gouvernement fédéral, pour des raisons politiques; toutefois, du point de vue juridique, elles ne sont pas nécessaires, eu égard à la claire formulation de la Cour constitutionnelle fédérale qui - comme il est souligné une fois encore - a force obligatoire directe pour le pouvoir exécutif et les tribunaux. En conséquence, le gouvernement fédéral n'a pas insisté davantage sur ce projet de loi. Il était également guidé par le souci que le projet ne puisse être interprété dans un sens

contraire à sa rédaction, à savoir que le devoir de fidélité à la Constitution ne s'appliquerait dans la pratique qu'aux personnes placées au sommet de la hiérarchie et qu'il pourrait être fait totalement abstraction du comportement en dehors du service. Une telle interprétation serait contraire au droit constitutionnel allemand, et tout malentendu de ce genre devait être évité.

4. Un grand nombre des cas inclus dans l'enquête par la commission concernent des enseignants. On rencontre souvent l'opinion selon laquelle, dans le cas particulier des enseignants, des exigences moins rigoureuses seraient suffisantes en ce qui concerne le devoir de fidélité à la Constitution. Le comité du Conseil d'administration aboutit également de toute évidence à cette conclusion dans son rapport du 18 février 1985 (voir conclusions, paragr. 40).

Le gouvernement fédéral tient à réfuter cette assertion. La Commission européenne des droits de l'homme a déclaré au paragraphe 112 de son rapport du 11 mai 1984, dans la procédure de requête individuelle no 9228/80, ce qui suit:

112. La commission mesure l'importance qu'il convient d'attacher à l'opinion et à l'influence des enseignants qui, dans une société libérale, jouent un rôle clé dans l'évolution et la diffusion des idées. Ceci est particulièrement vrai dans la présente affaire, où la requérante était une enseignante dans un lycée, en contact quotidien avec des élèves d'un âge facilement impressionnable et parvenus à un stade de développement intellectuel où la vulnérabilité de certains à l'endoctrinement est un facteur qu'on ne peut ignorer; dans ces conditions, la requérante, en tant que figure d'autorité pour ses élèves, était soumise à des obligations et des responsabilités spéciales quant à ses opinions et à la façon de les exprimer, aussi bien directement à l'école qu'en dehors du service, quoique à un moindre degré.

On trouve des remarques similaires au paragraphe 108 du rapport de la commission, en date du 11 mai 1984, au sujet de la procédure de requête individuelle no 9704/82.

Ceci correspond à l'opinion du gouvernement fédéral selon laquelle, précisément, l'emploi d'enseignants nécessite certaines limitations afin de préserver à long terme les droits démocratiques à la liberté. Conformément aux dispositions de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111, ces limitations ne peuvent constituer une discrimination.

Il ne faut pas dissimuler que la Commission européenne des droits de l'homme, à la suite du passage cité ci-dessus, évoque les responsabilités spéciales de l'employeur en vue d'assurer le libre échange et le développement des idées dans le contexte de la libre expression d'opinion à l'intérieur de l'école. Ainsi qu'il appert déjà des considérations qui précèdent, ce pluralisme des opinions est toutefois garanti dans les écoles allemandes, et personne ne le met

d'ailleurs en question. En effet, il ne s'agit en l'occurrence pas d'opinions politiques qui diffèrent de celles du gouvernement mais bien des principes fondamentaux d'une démocratie libérale.

Serait-il concevable qu'une personne qui met à la disposition de ses élèves des ouvrages dans lesquels sont niés les crimes épouvantables du Troisième Reich soit maintenue dans ses fonctions d'enseignant (affaire Luthardt, Basse-Saxe)? Est-ce qu'une personne qui écrit des livres s'inspirant de l'idéologie de l'extrême-droite, tels que *Das Volk in seiner Wirklichkeit* (affaire Kosiek, Bade-Wurtemberg), peut enseigner dans un établissement d'enseignement supérieur? Est-ce qu'une personne qui, en étant candidat ou en exerçant des fonctions pour un parti extrémiste, préconise publiquement - et par conséquent à la connaissance de ses élèves - la destruction de l'ordre fondamental démocratique et libéral de la République fédérale d'Allemagne devrait être admise dans l'enseignement ou continuer à exercer des fonctions d'enseignant?

Ceux qui, à cet égard, soulignent la manière irréprochable dont les intéressés dispensent leur enseignement oublient - à supposer que cette prétention soit correcte - que l'autorité du maître et la confiance qui s'est établie entre ses élèves et lui au cours de son enseignement sont indivisibles; cette relation s'étendra automatiquement aux idées exprimées par le maître en dehors du service. Des jeunes qui, du fait de leur âge et de leur inexpérience, sont très sensibles aux influences pourront difficilement distinguer si le maître qui leur inspire confiance fait de la propagande pour les objectifs de son parti hostile à la Constitution pendant les heures de classe ou l'après-midi dans la rue. C'est précisément ce facteur qui rend le service de l'éducation particulièrement intéressant pour les extrémistes de toutes tendances.

5. Finalement, il convient également de tenir compte de l'aspect préventif des mesures de protection adoptées en République fédérale d'Allemagne. En effet, pour défendre la démocratie dans ce pays, il ne suffit pas simplement de réagir aux attaques spécifiques portées contre l'ordre fondamental démocratique et libéral. Des fonctionnaires qui sont hostiles à la Constitution peuvent commencer par se conduire d'une manière extrêmement loyale et ne révéler leur véritable nature et tenter d'instaurer une dictature totalitaire qu'en période de crise ou de conflit, alors que l'Etat et les citoyens dépendent spécialement du corps tout entier des fonctionnaires pour prendre résolument parti en faveur de l'ordre fondamental libéral et de la défense des droits de l'homme. Si l'Etat ne prévient pas ces dangers à temps, il sera peut-être trop tard pour opposer une défense efficace. En conséquence, le comportement antérieur dans le service ne saurait constituer le seul critère.

Néanmoins, le but préventif du devoir de fidélité à la Constitution ne conduit pas au contrôle spécifique de tous les candidats. Comme il ressort des "Principes pour la vérification de la fidélité à la Constitution" adoptés par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne le 17 janvier 1979 et toujours en

vigueur sans modifications, un candidat est, en principe, considéré comme fidèle à la Constitution. C'est seulement si l'autorité chargée du recrutement a connaissance de faits réels indiquant que l'intéressé n'offre pas la garantie qu'il prendra à tout moment fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral qu'elle demandera à l'autorité compétente, conformément au principe de la proportionnalité, de lui fournir tous documents pertinents déjà en sa possession. Cette demande n'entraîne pas non plus un contrôle ciblé du candidat. Dans le cas des fonctionnaires, une faute disciplinaire spécifique est de toute façon une condition préalable de l'introduction d'une procédure disciplinaire.

A la lumière de toutes les indications qui précèdent, le gouvernement fédéral n'a aucun doute que les mesures de protection destinées à maintenir un service public fidèle à la Constitution sont justifiées par les qualifications exigées par l'emploi de fonctionnaires dans le service public de la République fédérale d'Allemagne et qu'en conséquence elles ne peuvent être considérées comme une discrimination au sens des dispositions de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111.

VI. Application de l'article 4 de la convention no 111

En outre, l'article 4 excluait une violation de la convention par la République fédérale d'Allemagne. Cet article autorise expressément toutes mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ou dont il est établi qu'elle se livre en fait à cette activité, pour autant que ladite personne ait le droit de recourir à une instance compétente établie suivant la pratique nationale.

1. La règle énoncée à l'article 4 a pour but d'établir une ligne de démarcation raisonnable entre l'intérêt de l'individu à la sauvegarde de ses droits protégés par la convention et l'intérêt de l'Etat à la sauvegarde de sa propre sécurité. Les deux points de vue sont ici sur un pied d'égalité.

En ce qui concerne la sécurité de l'Etat, il ne faut pas oublier que, même s'il s'agit en l'occurrence d'un concept juridique général et non défini, il se réfère à des circonstances qui peuvent varier d'un Etat à l'autre et qui diffèrent également dans la pratique. Le degré de sécurité dont jouit à priori un Etat dépend d'un grand nombre de facteurs qui doivent être évalués dans leur ensemble. Le résultat peut être qu'un Etat devrait être considéré comme sensiblement plus menacé qu'un autre dans sa sécurité, et cela se répercute naturellement sur la façon dont les actions sont jugées du point de vue de l'article 4 de la convention.

Les facteurs qui doivent être pris en considération en l'occurrence englobent des facteurs géographiques et historiques. Du

point de vue géographique, la République fédérale d'Allemagne est située, pour dire les choses succinctement, sur la frontière entre l'Est et l'Ouest. Historiquement, elle a appris par expérience comment les ennemis de la liberté ont abusé de la liberté qui leur avait été accordée à l'époque de la République de Weimar pour en finir avec cette liberté même. Par la suite, le chef de la Gestapo, Heydrich, s'est exprimé en ces termes: "Nous ... avons détruit, par des moyens constitutionnels, par des voies légales, un système qui, manquant de substance interne, était prêt à tout moment à renoncer à lui-même, pourvu que ce fût par des voies légales" (voir Deutsches Recht, 1936, p. 121).

L'histoire récente a montré quel a été le prix à payer pour se débarrasser de ce système. En été 1932, Goebbels écrivait dans son journal: "Une fois que nous aurons le pouvoir, nous ne l'abandonnerons jamais plus, à moins que l'on ne nous chasse en marchant sur nos cadavres" (Goebbels, Vom Kaiserhof zur Reichskanzlei, 1934, p. 139).

On comprend maintenant non seulement pourquoi la République fédérale d'Allemagne a opté pour une "démocratie combattante", mais aussi qu'elle est particulièrement menacée par des individus et des organisations qui sont prêts à détruire la démocratie libérale. Dans ces conditions, les mesures prises contre des membres du service public qui soutiennent activement les objectifs du DKP ou du NPD en exerçant des fonctions dans ces partis, en les représentant au sein des organes parlementaires ou en se portant candidats aux élections doivent être considérées comme justifiées aux termes de l'article 4 de la convention, même s'il n'est pas établi que le DKP ou le NPD travaille par des moyens inconstitutionnels; dans les circonstances particulières qui prévalent en République fédérale d'Allemagne, il doit suffire que le NPD se prononce contre les principes démocratiques fondamentaux et contre les droits de l'homme, ou que le DKP veuille remplacer la démocratie libérale par la dictature du prolétariat, une démocratie populaire, ou tout autre système se réclamant du "socialisme réaliste".

Il est évident que ceci vaut d'autant plus s'il est établi que le DKP cherche à atteindre ses objectifs par des moyens inconstitutionnels, par exemple en s'efforçant de modifier certaines parties de la loi fondamentale qui, aux termes de l'article 79, paragraphe 3, ne sont pas susceptibles d'être modifiées.

2. L'ordre fondamental démocratique et libéral est le coeur de l'Etat et de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne. Toute attaque dirigée contre ce noyau est préjudiciable à la sécurité de l'Etat, également au sens de l'article 4 de la convention.

Le concept d'ordre fondamental démocratique et libéral a été défini par la Cour constitutionnelle fédérale et est clairement circonscrit (cf. BVerfGE 2, 1/14; 85/140); il a déjà été mentionné à la section III.

Seules les personnes qui, par principe, mettent en cause et combattent les valeurs fondamentales libérales - valeurs que l'Organisation internationale du Travail elle-même a été fondée à propager et à défendre dans le monde du travail - et qui s'opposent ainsi aux objectifs de cette Organisation sont considérées comme inaptes à l'emploi en qualité de fonctionnaires dans le service public de la République fédérale d'Allemagne et sont visées par l'article 4 de la convention no 111.

Le gouvernement fédéral estime en l'occurrence que sa conception est parfaitement compatible avec les remarques formulées par la commission d'experts dans les conclusions générales concernant la convention no 111 en 1963 (loc. cit., p. 203, paragr. 47).

Il est rappelé une fois encore que l'examen de chaque cas individuel est considéré comme impératif par la Cour constitutionnelle fédérale. En République fédérale d'Allemagne, nul ne se voit refuser l'accès à la fonction publique ou le droit d'y rester du seul fait qu'il est membre d'un parti ou d'une organisation dont les objectifs sont hostiles à la Constitution. Au contraire, chaque cas particulier est examiné. Chaque candidat à un emploi dans le service public fait l'objet d'un pronostic concernant sa fidélité ultérieure à la Constitution; ce pronostic est fondé sur ses activités individuelles et sa personnalité, et ne tient compte de son appartenance à un parti ou à une organisation hostile à la Constitution que comme un critère d'appréciation parmi d'autres. Dans ce processus, la fidélité à la Constitution de chaque candidat est en principe présumée. Ce n'est que si, dans le cas particulier, des faits probants ont ébranlé cette confiance dans l'intéressé que de nouvelles vérifications et de nouveaux entretiens ont lieu. Dans le cas d'un fonctionnaire, une faute disciplinaire spécifique doit être prouvée au cours d'une procédure disciplinaire en bonne et due forme et, cette fois encore, l'appartenance à un parti ou à une organisation hostile à la Constitution n'est pas suffisante en soi. Des activités spécifiques visant à détruire l'ordre fondamental démocratique et libéral sont, au contraire, nécessaires. Ces activités, cependant, attaquent la substance de l'Etat et l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne et sont préjudiciables à la sécurité de l'Etat.

De telles activités sont également inconstitutionnelles parce que les dispositions de l'article 79, paragraphe 3, de la loi fondamentale prévoient une protection spéciale contre toute modification des dispositions essentielles de la Constitution assurant la liberté (voir section IV ci-dessus). Si toutefois une personne se livre à des activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat par des méthodes inconstitutionnelles, elle est, selon l'opinion de la commission d'experts, visée par les dispositions de l'article 4 de la convention no 111. Les garanties légales étendues requises par cette disposition ont déjà été évoquées à plusieurs reprises à ce propos.

3. A cette position juridique du gouvernement fédéral il est objecté que l'on n'avait pas reproché aux fonctionnaires révoqués d'avoir utilisé ou préconisé des moyens inconstitutionnels. Cet

argument passe à côté de la question: toute personne qui travaille sciemment en vue d'éliminer l'ordre fondamental démocratique et libéral, alors que la Constitution exclut l'élimination de ces principes démocratiques minima d'un Etat de droit, entre par là même en conflit avec la Constitution. Son action est hostile à la Constitution.

Sur ce point, un certain nombre de remarques complémentaires peuvent être faites:

Le comité institué conformément aux dispositions de l'article 24 de la Constitution de l'OIT pour examiner la réclamation présentée par la FSM en 1984 a lié étroitement l'article 4 à l'article 1, paragraphe 1, de la convention. Cette liaison pourrait conduire à une situation dans laquelle les dispositions prises en vertu de l'article 4 de la convention en vue de protéger la sécurité de l'Etat ne seraient autorisées que dans la mesure où elles sont autorisées de toute façon par l'article 1, paragraphe 1, de la convention et, partant - dans la pratique -, contre des tentatives totalitaires mettant en question tout le système de l'Etat et, dans ce cas seulement, dans la mesure où de telles tentatives seraient entreprises par la violence ou par des moyens inconstitutionnels, ou si la violence ou des moyens inconstitutionnels étaient préconisés (voir document GB.229/5/11, paragr. 44).

Le fait que ce commentaire de la commission d'experts, qui avait trait à l'article 1, paragraphe 1, de la convention, est repris ici en relation avec l'article 4 amène à conclure que le comité en question désirait limiter la portée de l'article 4 de la convention, de telle manière qu'il n'offre aux Etats rien de plus que ce qui découle déjà de l'article 1, paragraphe 1, de la convention: l'article 4 serait ainsi dépourvu de toute signification pratique et vidé de son contenu.

Une opinion qui amènerait à la conclusion que l'article 4 de la convention n'aurait plus de signification juridique indépendante - du fait que la seule action encore justifiée serait une action qui déjà, en vertu de l'article 1, paragraphe 1, de la convention, ne pourrait pas être considérée comme une discrimination fondée sur l'opinion politique - violerait le principe d'interprétation reconnu en droit international selon lequel les traités doivent être interprétés en tenant compte de toutes les dispositions (voir l'avis consultatif de la Cour permanente de justice internationale en date du 12 août 1922, cité par Williams/Lauterpacht, vol. 1, p. 359; Berber I, p. 478; également la codification de ce principe du droit à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969).

Seule une telle interprétation large de l'ensemble du texte conduit à l'interprétation "raisonnable" requise par le droit international (voir Cour permanente de justice internationale, série B, no 11).

Concrètement, cela signifie qu'il n'est pas permis d'interpréter un traité de façon que certaines de ses dispositions soient vides de

sens ou sans effet. L'interprétation d'un traité doit donner aux dispositions de ce traité - à toutes les dispositions - un sens utile.

Le principe est fondé sur l'hypothèse: "Il est tenu pour acquis que les parties entendent que la disposition d'un traité ait un certain effet et ne soit pas dépourvue de sens" (voir Oppenheim/Lauterpacht, p. 955, et autres références).

Cela doit être d'autant plus vrai dans le cas présent que les deux sessions de la Conférence au cours desquelles la convention a été examinée ont discuté longuement de l'article 4 - travaux préparatoires qui, aux termes de l'article 32 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, devraient également être pris en compte comme moyen d'interprétation complémentaire. L'article 4 a été inséré, au cours de la première lecture, sur proposition des employeurs et révisé, au cours de la seconde lecture, sur proposition des travailleurs.

Dans ce contexte, il convient de mentionner que, pendant la seconde lecture, les représentants du gouvernement des Philippines et de la Pologne ont proposé la suppression du texte qui devait devenir par la suite l'article 4, au motif qu'il était superflu. Cette proposition a été rejetée à une large majorité (80 voix pour, 365 voix contre, avec 32 abstentions). Il apparaît que les délégués ont tout à fait reconnu la portée pratique de cet article, ce qui est également confirmé par le fait que, ainsi qu'il a déjà été mentionné, le texte a été encore amendé en seconde lecture (voir Conférence internationale du Travail, 42e session, 1958, Compte rendu des travaux, annexe VI, p. 756, paragr. 26).

L'historique de l'adoption de l'article 4 de la convention fournit par conséquent une nouvelle confirmation que cet article doit avoir un sens par lui-même. Toutefois, cela ne peut être vrai que si des cas se présentent qui, tout en constituant une discrimination fondée sur l'opinion politique au sens des dispositions de l'article 1, paragraphe 1, de la convention, et donc "en soi" contraires à la convention n'en sont pas moins, à titre exceptionnel, autorisés par l'article 4 de la convention, parce que les mesures concernent des personnes qui se livrent à des activités préjudiciables à la sécurité de l'Etat ou qui, en tout cas, font l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à de telles activités.

En prenant pour base les remarques faites jusqu'à présent par la commission d'experts, un tel cas pourrait se présenter si l'activité préjudiciable à la sécurité n'était certes pas accompagnée de l'usage ou de la recommandation de la violence ou de moyens ou méthodes inconstitutionnels, de sorte que l'activité en question ne serait pas déjà interdite par l'article 1, paragraphe 1, de la convention et échapperait à la protection de la convention, mais si les exigences de l'article 4 de la convention, dans l'interprétation qu'en a donnée la commission d'experts, étaient néanmoins satisfaites. Ce serait précisément le cas de personnes exerçant des fonctions dans des partis extrémistes - si l'on voulait considérer que, quoiqu'ils poursuivent

des objectifs gravement contraires à la Constitution (élimination de l'ordre fondamental démocratique et libéral), ils ne poursuivent pas (pour l'instant) ces buts par des moyens inconstitutionnels.

En pareil cas, les mesures adoptées ici pourraient éventuellement ne pas être justifiées au sens de l'article 1, paragraphe 1, de la convention mais être néanmoins justifiées au sens de son article 4.

En conséquence, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne considère que les mesures de protection qu'il a prises pour maintenir un service public fidèle à la Constitution sont également justifiées au regard de l'article 4 de la convention no 111, en particulier du fait que les personnes touchées se voient garantir une large protection juridique.

396. L'avis juridique du professeur Karl Doehring annexé à la communication du gouvernement datait du 13 mai 1985. Il examinait la question de savoir si la législation et la pratique de la République fédérale d'Allemagne concernant l'exclusion d'extrémistes du service public étaient conformes aux dispositions de la convention no 111 de l'OIT, par référence au rapport qui avait été présenté au Conseil d'administration du BIT, à sa 229e session, par le comité désigné pour examiner la réclamation présentée par la FSM au mois de juin 1984. Le résumé de l'avis du professeur Doehring, tel que figurant à la fin de l'avis juridique, est reproduit ci-dessous, avec un certain nombre d'indications supplémentaires tirées du corps de l'avis:

1. Il faut partir du fait que tous les Etats Membres sont assujettis aux mêmes obligations au regard des dispositions de la Constitution et de la convention no 111 de l'OIT. En ce qui concerne le respect de ce principe, il y a lieu d'émettre des doutes lorsque des reproches sont adressés à la République fédérale en raison des méthodes qu'elle utilise en vue de tenir les extrémistes à l'écart du service public, alors que les Etats communistes protègent leur idéologie monolithique d'Etat de manière incomparablement plus rigoureuse, et que les méthodes utilisées par les démocraties occidentales pour se protéger des extrémistes ne diffèrent pas fondamentalement de celles de la République fédérale. En conséquence, donner satisfaction à la réclamation de la FSM constituerait une discrimination à l'égard de la République fédérale.

2. Les méthodes utilisées par la République fédérale pour exclure les extrémistes du service public sont appropriées, conformes à la conception démocratique et libérale au sens de la Charte des Nations Unies et de la Constitution de l'OIT, et respectent le principe de la proportionnalité. Déjà en 1930, le gouvernement social-démocrate de Prusse avait interdit aux fonctionnaires de s'engager dans des activités au sein du NSDAP et du Parti communiste, à vrai dire sans succès. A la lumière des leçons tirées de l'histoire du Reich allemand, la Constitution de la République fédérale ne permet pas que des fonctionnaires refusent de défendre les dispositions essentielles de la

Constitution, l'ordre fondamental démocratique et libéral, ou cherchent à les éliminer. Dans l'intérêt des citoyens allemands dans leur ensemble, une personne ne peut être considérée comme apte à exercer un emploi dans le service public que si elle offre la garantie de sa fidélité à la Constitution. La puissance publique doit opérer le choix des candidats au service public au regard du seul intérêt général. C'est pourquoi le refus d'engager un candidat pour manque de fidélité à la Constitution n'est pas une discrimination arbitraire mais une sélection appropriée.

La puissance publique ne peut garantir la tolérance de l'Etat démocratique à l'égard de toutes les conceptions politiques - à l'exception des idéologies extrémistes hostiles à la Constitution - que si ses fonctionnaires sont disposés à défendre précisément les chances politiques d'une opposition libérale. Un membre du DKP, qui est tenu de défendre le marxisme-léninisme et, par conséquent, le système de parti unique et l'élimination de toute opposition, n'est pas apte, à priori, à être fonctionnaire. Si, en connaissance des objectifs du DKP, il prétend approuver l'ordre fondamental démocratique et libéral de la Constitution, sa crédibilité est suspecte. Malgré tout, en pareil cas, l'aptitude de l'individu fait l'objet d'un examen spécifique qui fournit l'occasion de dissiper les doutes sur sa fidélité à la Constitution. Toutefois, il existe des craintes particulières si l'intéressé a milité ou milite activement en faveur des objectifs du DKP. S'il n'abandonne pas ces activités, il doit être considéré comme inapte à devenir fonctionnaire.

Le fait que le DKP n'est pas interdit à l'heure actuelle atteste la tolérance politique fondamentale du système juridique de la République fédérale. Vouloir en déduire que l'on ne pourrait pas interdire à un candidat à la fonction publique d'être membre de ce parti serait une erreur. S'il en était ainsi, les Etats qui ne connaissent pas la possibilité d'interdire un parti ne pourraient jamais exclure de la fonction publique les extrémistes et les adversaires de la Constitution. Or cela est contraire à la pratique dans l'ensemble des Etats et ne peut être considéré comme une proposition sérieuse.

La révocation d'un fonctionnaire suppose le manquement aux obligations de service. Un tel manquement peut être le fait que le fonctionnaire, en dépit d'un avertissement, ne s'abstient pas d'avoir des activités pour un parti extrémiste qui rejette la Constitution. Cette révocation dépend de la décision d'un tribunal indépendant. Le fardeau de la preuve de l'existence d'un tel manquement aux obligations de service incombe aux autorités de l'Etat.

Toute décision relative à des questions en matière de droit de la fonction publique peut faire l'objet d'un appel devant des tribunaux indépendants; une plainte portant sur la violation de droits fondamentaux ou de droits similaires peut être adressée également à la Cour constitutionnelle fédérale. Du reste, en

République fédérale, au-delà du devoir de fidélité, la mesure dans laquelle sont autorisées des restrictions à la liberté d'opinion et à la liberté de s'engager dans des activités politiques est tout à fait définie selon des critères fonctionnels.

L'ordre juridique de la République fédérale ne permet pas de poser des conditions différentes quant au degré de fidélité à l'Etat de fonctionnaires selon les différents postes qu'ils occupent. Ce serait là une discrimination à l'égard des fonctionnaires eux-mêmes, qui aurait des conséquences insupportables et contraires aux principes d'un Etat de droit, en cas de transferts, de promotions, et dans bien d'autres aspects du droit de la fonction publique. Cela ne signifie pas que des fonctionnaires particulièrement dignes de confiance ne puissent être affectés à des domaines sensibles du point de vue de la sécurité, compte tenu des fonctions exercées. Toutefois, les qualités de caractère, auxquelles il convient de donner la préférence en l'occurrence, ne consistent pas dans une fidélité à la Constitution plus marquée mais dans des qualités supplémentaires. Conformément aux dispositions de la loi fondamentale (art. 33, paragr. 4) et de la loi-cadre sur les fonctionnaires des Länder (art. 2 (2)), les pouvoirs souverains - et en règle générale ces seuls pouvoirs - devraient, en principe, être conférés exclusivement à des fonctionnaires. En cela l'ordre juridique de la République fédérale montre que, en principe, un fonctionnaire ne peut être comparé à un "employé" au service de l'Etat mais qu'il exerce ses fonctions en tant que détenteur d'un pouvoir souverain. Il serait difficile - et, dans l'ordre juridique allemand, également illégal - de diviser les fonctionnaires en deux catégories: ceux dont on peut exiger "un peu de fidélité" et ceux dont on peut exiger "beaucoup de fidélité". Les fonctionnaires eux-mêmes se sont toujours opposés à une telle classification. Même un fonctionnaire subalterne occupant peut-être un poste moins important est fier de représenter l'autorité de l'Etat en exerçant loyalement le pouvoir souverain. Il serait discriminatoire de donner à entendre au fonctionnaire subalterne que sa fidélité n'a pas d'importance, dans le seul but de pouvoir mettre sur un pied d'égalité avec lui un fonctionnaire dont la fidélité à l'Etat est douteuse. Une telle discrimination aurait également des conséquences très concrètes. Le droit public allemand part de l'hypothèse qu'en cas de nécessité chaque fonctionnaire doit et peut remplacer tout autre fonctionnaire empêché d'exercer ses fonctions.

L'obligation du fonctionnaire d'accepter d'être transféré s'il est requis dans un emploi différent fait partie de la relation de fidélité particulière qui lie le fonctionnaire à l'Etat. Ce remplacement d'un fonctionnaire par un autre ne doit pas échouer du fait qu'un fonctionnaire n'est pas suffisamment "fidèle" pour le poste auquel il doit être transféré. A cet égard, l'argument avancé par le comité du Conseil d'administration selon lequel, dans un Etat moderne, le service

public est à maints égards comparable au secteur privé est fallacieux et n'est pas pertinent en droit allemand. De même, la promotion des fonctionnaires serait soumise à des considérations douteuses si l'on faisait une différence entre divers niveaux de fidélité. Etre obligé de dire à un fonctionnaire techniquement qualifié qu'il ne peut pas être promu à un poste supérieur parce qu'il n'est pas assez "fidèle" et promouvoir à ce poste un fonctionnaire moins qualifié parce qu'il est "plus fidèle" équivaldrait à faire une distinction qui ne pourrait être justifiée en droit constitutionnel. De plus, compte tenu des changements de circonstances, un poste peut à tout moment subir une modification de son importance pour l'Etat et la sécurité. Le fonctionnaire "moins fidèle" devrait alors être transféré.

Il serait également erroné de se référer à d'autres systèmes juridiques. Chaque Etat doit être libre de réglementer la fonction publique de manière à satisfaire aux exigences de sa Constitution. Lorsque la convention no 111 a été adoptée, on savait que le service public était organisé de différentes manières dans les Etats Membres et dans les Etats parties à la convention, et l'article 1, paragraphe 2, de la convention tient compte de cette situation.

3. Les ordres étatiques de toutes les démocraties comparables à la République fédérale exigent loyauté et fidélité de la part des détenteurs de postes officiels. Des études approfondies de ces systèmes juridiques et de leur pratique ont montré que tel est le cas. Il est vrai que les méthodes de défense varient. Le fait que l'impératif de l'égalité de traitement n'est pas respecté aussi strictement qu'en République fédérale est dû aux caractéristiques spécifiques des autres systèmes juridiques, notamment aux procédures de sélection des fonctionnaires. Le haut degré de protection juridique qui existe en République fédérale par rapport à nombre d'autres systèmes juridiques ressort également du fait que, souvent, dans des systèmes juridiques comparables il n'est pas nécessaire de donner les raisons motivant le non-recrutement d'un candidat, voire la révocation d'un fonctionnaire. Il en va de même pour la protection judiciaire en cas de rejet de candidats et de révocation. Aucun autre Etat n'est probablement disposé à accorder dans de tels cas une protection juridique et judiciaire comparable à celle accordée par la République fédérale d'Allemagne. Dans d'autres Etats, où les motifs des décisions relatives à la non-aptitude en droit constitutionnel de candidats et de fonctionnaires n'ont pas besoin d'être révélés, l'exclusion des extrémistes, résultant en fait de mesures purement gouvernementales, n'est pas spectaculaire; en République fédérale, au contraire, les procédures publiques permettent d'obtenir une transparence totale dans ce domaine. D'où la controverse publique dont on use pour tenter de critiquer l'ordre juridique et la pratique de la République fédérale et de mettre en question leur légitimité.

4. Les fonctionnaires des organisations internationales sont soumis, eux aussi, à un devoir exprès de fidélité quant au respect des objectifs, des buts et des statuts de ces organisations. Si, contrairement à ces dispositions, un agent était recruté ou maintenu en fonctions, qui - à l'instar d'un membre du DKP en République fédérale - rejette expressément les objectifs et les buts d'une telle organisation, ce ne sont non seulement les buts de l'organisation qui seraient mis en danger, mais l'ordre juridique s'en trouverait enfreint aussi. Les exemples des Nations Unies et des Communautés européennes en apportent la preuve. Dans ces organisations également, il serait considéré comme intolérable d'employer un adversaire du système juridique en tant que titulaire d'une fonction au sein de l'organisation.

5. Le système du parti unique appliqué dans des Etats communistes, tels que l'URSS et la République démocratique allemande, qui ne tolère aucune opposition et ne définit les droits fondamentaux que comme une participation au système collectif, exige des personnes qui occupent des positions officielles un engagement inconditionnel à l'égard de l'idéologie d'Etat, le marxisme-léninisme, et le leur impose. Dans ces Etats, il n'existe aucune protection de la part de tribunaux indépendants. Abstraction faite de ce qu'un tel système n'est conforme ni aux principes des Pactes et de la Déclaration des droits de l'homme des Nations Unies ni à ceux de l'OIT, il est absurde, ainsi qu'il ressort d'une comparaison entre les dispositions juridiques respectives, que les représentants de ces systèmes marxistes-léninistes critiquent la République fédérale. Dans les Etats communistes, le système de défense vis-à-vis d'agents publics non marxistes est rigoureux et sans failles. Ceci ne veut pas dire que la République fédérale puisse pour cette raison se permettre, elle aussi, d'adopter des mesures de défense contraires aux libertés. De telles mesures ne sont pas appliquées. Il ne s'agit donc pas d'une question d'égalité dans l'injustice. Il s'agit simplement de souligner qu'il est intolérable et discriminatoire d'accuser la République fédérale d'une prétendue pratique qui est appliquée, en fait, de manière très intense dans les Etats communistes.

6. Il faut partir du fait que la notion de discrimination, telle qu'elle s'est développée dans le droit international général, dans les principes des Nations Unies et dans la pratique des démocraties libérales, sous-tend également les normes juridiques de l'OIT. Selon cette notion, une discrimination signifie le non-respect de l'interdiction de tout arbitraire. En d'autres termes, on ne peut présumer qu'il y a discrimination si les distinctions sont fondées sur des considérations objectives qui ne sont pas contraires aux libertés. A cet effet, les principes des Pactes des Nations Unies sur les droits de l'homme, en particulier, montrent qu'il apparaît objectivement nécessaire de limiter les activités de ceux qui ont l'intention d'abuser de leurs droits pour restreindre les libertés des autres. Ce danger

existe avant tout chez les agents de l'Etat. Le choix des mesures de protection contre ce danger doit être laissé en premier lieu à chaque Etat lui-même. La situation historique, politique et aussi géographique particulière de la République fédérale doit être prise en considération pour évaluer l'admissibilité de ses mesures de protection; c'est ce qu'a souligné la Commission européenne des droits de l'homme dans un contexte similaire.

7. Les dispositions de la convention no 111 doivent être interprétées à la lumière de ces considérations. Une telle interprétation, fondée sur les normes du droit international et la Constitution de l'OIT, confirme entièrement la conformité du système juridique de la République fédérale avec ces principes. Il n'est pas arbitraire et, partant, il n'est pas discriminatoire de déduire du texte, au fond clair, de l'article 1, paragraphe 2, de la convention qu'en République fédérale tous les fonctionnaires de l'Etat exercent un "emploi" qui, en raison de ses "exigences", justifie un traitement différent de celui des autres travailleurs. Le degré de cette différence de traitement doit être, aux termes des dispositions de l'article 2 de la convention, déterminé conformément aux "conditions nationales", d'où il résulte que les conditions juridiques et politiques spéciales de la République fédérale doivent également être prises en compte. Le même principe est de nouveau clairement exprimé à l'article 3 de la convention. L'article 4 de la convention permet de considérer la sécurité de l'Etat en tant que critère objectif sur lequel fonder un traitement distinct si une personne fait l'objet d'une suspicion légitime de mettre cette sécurité en danger. Un membre du DKP qui, bien qu'il soit informé de l'incompatibilité entre le marxisme-léninisme et l'ordre fondamental démocratique et libéral de la République fédérale, persiste dans ses convictions politiques et les manifeste activement porte atteinte à la sécurité de l'Etat, quelle que soit la position qu'il occupe en qualité de fonctionnaire d'Etat, ainsi qu'il ressort de nombreux cas d'espionnage et d'activités subversives à porter au compte des Etats communistes.

En conséquence, aucune violation par la République fédérale d'Allemagne des principes de la convention no 111 ne peut être établie. Ces principes sont également respectés pleinement dans la pratique.

397. A la suite de l'audition de témoins au cours de la seconde session de la commission, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a communiqué des commentaires supplémentaires comme suit:

(Traduction)

I. Ainsi que les auditions l'ont montré, une distinction est établie entre les dispositions légales en vigueur en République fédérale d'Allemagne concernant la fidélité à la Constitution dans le service

public et la pratique administrative. Les dispositions légales ne sont pas contestées. Comme le gouvernement fédéral l'a déjà souligné dans sa prise de position du 27 mars 1986, aucun des groupes socialement concernés de la République fédérale d'Allemagne ne s'écarte de cette position de principe. La Confédération des syndicats allemands, l'organisation de travailleurs la plus importante, vient tout récemment de confirmer une nouvelle fois dans sa revue Der deutsche Beamte son accord fondamental avec le devoir de fidélité à la Constitution des personnes employées dans le service public de la République fédérale d'Allemagne (Soviell Freiheit wie möglich, soviell Bindung wie nötig, par Hans-Hermann Schrader, no 5, mai 1986; annexé), exprimant ainsi une opinion quelque peu différente de celle des représentants de deux de ses organisations affiliées qui ont déposé lors des auditions. Le gouvernement du Land de la Sarre, lui non plus, n'a pas modifié la loi sarroise sur les fonctionnaires, mais tient à ce que les fonctionnaires respectent le devoir de fidélité à la Constitution. De même, dans le milieu international, personne n'a jamais prétendu que le devoir de fidélité à la Constitution prescrit dans la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne et dans les lois sur les fonctionnaires de la Fédération et des Länder viole en tant que tel la convention no 111 de l'OIT. Seule la pratique administrative fait toujours l'objet d'attaques. En l'occurrence, on oublie de dire ceci:

Ou bien la pratique administrative concorde avec la situation juridique, auquel cas l'application correcte des lois en vigueur ne peut violer les obligations découlant de la convention no 111 si les lois elles-mêmes ne les violent pas; ou bien - et c'est ce que l'on soutient - la pratique administrative ne coïncide pas avec les lois internes et est par conséquent contraire au droit. Dans ce cas, il appartiendrait aux tribunaux nationaux de vérifier et d'établir cette violation du droit interne.

Les auditions devant la commission d'enquête ont permis d'établir sans équivoque qu'on empêche délibérément une clarification définitive de la position juridique nationale par la juridiction suprême pour des raisons politiques. De ce fait, non seulement les personnes concernées perdent-elles le droit d'importuner les organismes internationaux avec cette question, mais surtout il n'y a pas d'objet spécifique à soumettre à l'examen. En effet, si la plus haute juridiction interne estimait que la pratique administrative est légale et conforme aux lois, le seul objet possible à soumettre à l'examen d'une instance internationale serait la législation elle-même, attendu que son application correcte en est inséparable. Toutefois, la situation législative en République fédérale d'Allemagne n'a pas changé depuis des décennies, et l'Organisation internationale du Travail n'a pas considéré jusqu'ici qu'elle constituait une violation de la convention no 111. Si, d'un autre côté, la juridiction interne suprême devait considérer la pratique nationale comme inconstitutionnelle ou contraire à la loi, cette procédure d'enquête n'aurait plus de raison d'être.

C'est la raison pour laquelle une décision de la Cour constitutionnelle fédérale constitue un préalable à cette procédure internationale. Une telle décision ne peut être amenée que par les personnes touchées. Ni le gouvernement fédéral ni un gouvernement de Land n'a qualité pour recourir à la Cour constitutionnelle fédérale afin de trancher la question.

Il est fait expressément référence aux explications du point de vue du droit international fournies lors des auditions par le professeur Doehring, au sujet du problème du non-épuisement des voies de recours internes.

II. Un traitement différent des extrémistes de gauche et des extrémistes de droite n'est possible ni en vertu de la convention no 111 de l'OIT ni en vertu de la Constitution de la République fédérale d'Allemagne. Néanmoins, alors que les mesures allemandes contre les extrémistes de droite candidats à un emploi dans le service public ou qui y sont déjà employés ne font l'objet d'aucune critique dans aucun milieu et sont en fait souvent qualifiées d'excessivement laxistes (le témoin Paech a déclaré qu'à son avis les garanties de la loi fondamentale et du droit international concernant les droits de l'homme ne s'appliqueraient pas aux fascistes), les mêmes mesures - en dépit du principe de l'égalité de traitement inscrit dans la convention de l'OIT -, lorsqu'elles sont appliquées à des extrémistes de gauche et, notamment, aux adhérents du Parti communiste allemand (DKP), seraient inconstitutionnelles et violeraient les obligations internationales. Il ne s'agit donc plus de savoir si une fidélité particulière à l'ordre fondamental démocratique et libéral peut être requise des fonctionnaires en République fédérale d'Allemagne et quelles sont les conséquences à en tirer en l'absence d'une telle fidélité à la Constitution; il s'agit uniquement de savoir si le gouvernement fédéral est en droit d'affirmer que le DKP vise des objectifs hostiles à la Constitution. Cette question (sur laquelle, selon les souhaits concordants des personnes touchées qui ont été entendues, la Cour constitutionnelle fédérale n'a pas à se prononcer, bien qu'elle ait compétence pour le faire) ne peut être tranchée sur la base de la convention no 111. Par ailleurs, le gouvernement fédéral ne peut non plus reconnaître en l'occurrence une référence aux fonctions et aux objectifs de l'Organisation internationale du Travail. Seul le droit constitutionnel interne peut déterminer quel parti ou quelle organisation vise des objectifs hostiles à la Constitution au niveau national.

III. Lors des auditions, référence a été faite à plusieurs reprises à des divergences (alléguées ou effectives) dans la pratique administrative de la Fédération et des Länder. Ce point appelle les commentaires suivants:

1. La Fédération et l'ensemble des Länder défendent le principe de fidélité à la Constitution dans le service public et sont convaincus de sa nécessité. La Sarre elle-même n'a pas modifié les dispositions pertinentes de sa loi sur les fonctionnaires.
2. La pratique administrative est partout fondée sur l'évaluation du cas individuel, dont la Cour constitutionnelle fédérale a fait une condition impérative et dans laquelle - comme dans toute décision administrative - le principe de la proportionnalité doit être respecté. Etant donné que chaque cas individuel se présente d'une façon différente, nombre des divergences qui sont apparues sont dues à la diversité des circonstances.
3. Il n'est pas contesté, cependant, qu'il existe en outre certaines différences de caractère général parmi les divers employeurs de la Fédération et des Länder pour ce qui concerne l'application pratique des dispositions légales qui sont les mêmes partout, par exemple pour les demandes de renseignements dites "de routine". Cela est dû en partie à un changement d'opinion ultérieur de la part d'éléments du Parti social démocrate d'Allemagne (SPD) et en partie à la structure fédérale de la République fédérale d'Allemagne. Les différentes règles de procédure ont cependant dans la pratique des conséquences moins importantes qu'il ne semblerait. Le moyen le plus approprié et le plus efficace d'unifier la pratique administrative passerait par une décision de la Cour constitutionnelle fédérale sur les questions qui restent pendantes: un moyen qui est délibérément écarté.
4. De l'avis du gouvernement fédéral, seules la Constitution et les lois de la République fédérale d'Allemagne et la pratique administrative qui en découle, laquelle coïncide avec la pratique de la majorité des Länder, peuvent constituer la base de l'enquête de la commission. Si, dans des cas individuels, les divers Länder décident autrement en faveur des intéressés pour des motifs politiques avoués ou même seulement pour des raisons tactiques, leur décision ne saurait avoir d'effet sur la question de savoir si la pratique telle que suivie par le gouvernement fédéral correspond ou non à la situation juridique interne, et si cette situation est ou non conforme aux dispositions de la convention no 111. De plus, il convient de garder présent à l'esprit le fait que les décisions rendues en faveur des intéressés ne font l'objet d'aucun contrôle judiciaire concernant leur légalité, parce que les bénéficiaires n'ont pas de motif de recourir aux tribunaux.

IV. On s'est efforcé à plusieurs reprises au cours des auditions de présenter les mesures adoptées en République fédérale d'Allemagne pour conserver un service public fidèle à la Constitution comme n'étant pas nécessaires et, partant, inadmissibles. Il a été indiqué qu'on n'aurait pas reproché aux intéressés d'avoir violé leurs devoirs dans l'exercice de leurs fonctions; que, dans leurs activités en dehors du service, ils ne s'étaient non plus livrés ni à des actions criminelles

ni à des attaques violentes contre l'ordre constitutionnel; que leur conduite n'avait pas altéré de manière significative le respect et la confiance dus à leurs fonctions ou le prestige de la fonction publique; que, lorsque des personnes accusées d'activités hostiles à la Constitution avaient été maintenues à leur poste, il n'en était apparemment résulté aucune conséquence préjudiciable pour l'ordre fondamental démocratique et libéral; que, en conséquence, les personnes concernées ne mettaient pas en péril le fondement démocratique de la République fédérale d'Allemagne; que, partant, le devoir de fidélité à la Constitution ne pouvait être considéré comme exigence nécessaire pour un emploi dans le service public au sens des dispositions de l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111, et que l'application des dispositions de l'article 4 de la convention no 111 ne pouvait entrer en jeu.

Un tel raisonnement - ainsi que les témoins cités par le gouvernement fédéral l'ont déjà attesté - passe à côté de la question et ne tient pas compte des vrais problèmes. En effet:

1. Il méconnaît la différence entre réaction et prévention. Le gouvernement fédéral a toujours mis l'accent sur le caractère préventif du devoir de fidélité à la Constitution et des mesures qui en découlent. La démocratie libérale en République fédérale d'Allemagne ne peut être protégée efficacement à long terme que si, lors de crises et de situations conflictuelles éventuelles, le corps des fonctionnaires est prêt, sans réticences et sans défaillances, à défendre l'ordre fondamental démocratique et libéral. Il s'ensuit que la nécessité et l'efficacité des garanties mises en place à cet effet ne sauraient être évaluées en fonction d'altérations spécifiques discernables dès à présent, en l'absence de telles situations de crise, partout où des fonctionnaires dont l'attitude est hostile à la Constitution ont travaillé pendant une période relativement longue ou sont toujours en train de travailler. Un système de garanties ne peut être jugé avant la réalisation du risque qu'il est censé empêcher.
2. Un lien avec la conduite - dans l'exercice des fonctions et hors du service - des personnes concernées est établi, non par voie de réaction mais par voie de prévention comme indiqué ci-dessus. Quiconque démontre par ses activités présentes, par exemple pour un parti ayant des objectifs hostiles à la Constitution, que les citoyens ne pourront pas compter sur lui au moment décisif pour défendre leur démocratie libérale, est inapte pour le service de l'Etat et ne peut devenir ou rester fonctionnaire. Cela n'a rien à voir avec une "punition" pour un comportement particulier, mais est une question d'"aptitude" à une activité particulière, à savoir celle de fonctionnaire au service de l'Etat.
3. Il n'est pas contestable - et il ne devrait pas être contesté - que les quelques fonctionnaires employés dans le service public de la République fédérale d'Allemagne, connus pour leurs dispositions hostiles à la Constitution, ne constituent pas à l'heure actuelle un danger spécifique pour l'ordre fondamental

démocratique et libéral. Mais l'interprétation de la convention no 111 ne saurait dépendre de ce nombre insignifiant de fonctionnaires et du faible danger qu'ils représentent pour l'instant. En effet, le point de savoir si la fidélité à la Constitution est un élément d'aptitude admissible et un critère d'emploi au sens de cette convention n'est pas une question de quantité. Les mesures adoptées par la République fédérale d'Allemagne ne peuvent violer la convention no 111 lorsqu'il existe 500 extrémistes dans le service public et être en concordance avec les dispositions de cette convention lorsqu'il y a 5.000 ou 50.000 extrémistes dans ce même service. C'est pourquoi, par principe, chaque défenseur d'objectifs ou partisan d'entreprises hostiles à la Constitution employé dans le service public met en péril la sécurité de l'Etat démocratique. Si l'on attendait que le total de ces extrémistes représente un danger imminent, il serait trop tard pour prendre des mesures efficaces.

4. La question cruciale est celle de savoir qui est apte à exercer une activité en qualité de fonctionnaire dans le service public de la République fédérale d'Allemagne. Les exigences relatives à l'aptitude à un emploi particulier ne peuvent être déterminées que dans le cadre de la Constitution nationale. Les exigences relatives à l'aptitude sont fondées sur l'emploi lui-même lorsqu'elles constituent un élément central du profil de l'emploi correspondant, comme c'est le cas ici, où elles sont prescrites par la Constitution. L'Organisation internationale du Travail et ses organes ne peuvent modifier ou nier le profil de l'emploi développé dans le cadre national. Ils ne peuvent l'apprécier que dans son ensemble par rapport aux principes de la convention no 111; il ne leur est pas loisible d'établir une définition indépendante du devoir national de fidélité à la Constitution et des exigences qui en découlent.

Celui qui a été nommé fonctionnaire, représentant ou candidat par la majorité d'un parti ou d'une organisation ayant des objectifs hostiles à la Constitution, qui incarne le programme du parti formulé par la majorité et les différentes décisions du parti aux yeux du monde extérieur et s'efforce de les réaliser, doit accepter les conséquences d'une telle conduite et s'attendre à "être pris au mot". Toute conviction intime divergente - qui reviendrait à tromper l'électeur - devrait être corroborée en détail par les faits. Une conduite de ce genre rend l'intéressé inapte à l'emploi en tant que fonctionnaire. En pareil cas, peu importe que sa conduite dans le service soit irréprochable ou qu'il ait ou non commis des actes criminels ou usé de violence en dehors du service.

5. La question de savoir si des partis ayant des objectifs hostiles à la Constitution sont interdits en République fédérale d'Allemagne ne saurait être d'importance aux fins de l'enquête menée en vertu de la convention no 111. En effet, les points de droit dont il s'agit ne peuvent être jugés que de deux façons: soit sans tenir compte de la situation juridique et

constitutionnelle nationale - auquel cas l'interdiction d'un parti prononcée en vertu des dispositions du droit interne n'a pas à être prise en compte pour l'appréciation des faits de la cause -, soit en tenant dûment compte du droit interne. Dans ce dernier cas, les dispositions de la loi fondamentale sur le devoir de fidélité à la Constitution dans le service public et la décision fondamentale sur le sujet rendue par la Cour internationale fédérale en 1975 sont déterminantes.

6. L'article 4 de la convention no 111 prévoit expressément que les mesures affectant une personne qui fait individuellement l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préjudiciable à la sécurité de l'Etat ne seront pas considérées comme discriminatoires. Une restriction comparable figure à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne du 4 novembre 1950 pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui permet certaines limitations à la liberté d'opinion telles qu'elles sont prescrites par la loi et sont indispensables dans une société démocratique, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale. Interprétant le concept de "sécurité nationale", la Commission européenne des droits de l'homme, dans son rapport du 11 mai 1984 sur la plainte individuelle no 9704/82, a déclaré ce qui suit:

Il est vrai, d'autre part, que la Cour a reconnu en la défense de la démocratie l'une des justifications principales des restrictions imposées "dans l'intérêt de la sécurité nationale", lorsque les sociétés démocratiques se trouvent menacées par des formes très complexes d'espionnage et de terrorisme ... La commission rappelle que le cas d'espèce ne concerne pas directement des considérations de sécurité, au sens habituel, mais des restrictions aux libertés d'opinion et d'expression d'une personne à la fois enseignante et fonctionnaire. L'obligation de loyauté qui impose ces restrictions vise à garantir la protection de la texture démocratique de la société et constitue l'un des remparts érigés à la lumière de l'expérience de l'Etat national-socialiste en Allemagne, afin d'institutionnaliser les structures démocratiques et de rendre impossible la résurgence du totalitarisme dans la République fédérale. En ce sens, la sécurité de l'ordre constitutionnel démocratique se trouve donc en jeu (paragr. 79 et 80).

La République fédérale d'Allemagne se voit ainsi confirmée dans son opinion que les attaques contre l'ordre étatique et constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne et les libertés des citoyens qu'il garantit mettent en cause la sécurité de l'Etat. Il n'est pas nécessaire que soient commis des actes de violence spécifiques. En conséquence, les mesures touchant cette catégorie de personnes sont justifiées par l'article 4 de la convention no 111, et ce d'autant plus que, sur la base de l'examen de chaque cas individuel prescrit par la Cour constitutionnelle fédérale, ces mesures ne

peuvent intervenir que contre des personnes individuelles qui bénéficient d'une protection juridique étendue devant des tribunaux indépendants.

7. On ne saurait dans ce contexte faire référence aux "contrôles de sécurité", qui rendent inutile un examen séparé de la fidélité à la Constitution. Il s'agit en l'occurrence de deux procédures fondamentalement différentes, distinctes quant au fond et quant à leur objet:

Le devoir de fidélité à la Constitution s'applique par principe à toute personne employée dans le service public, compte tenu d'une certaine gradation pour une partie de celles engagées en vertu d'un contrat de travail. Il s'agit là d'une obligation de service générale, grâce à laquelle la structure démocratique et libérale de l'Etat doit être également sauvegardée dans l'avenir. En conséquence, le défaut de fidélité à la Constitution rend l'intéressé inapte au service de l'Etat. Il ne peut être nommé et, en cas de violation de ce devoir, il est nécessairement révoqué.

En outre, il existe des secteurs de l'administration classés comme particulièrement sensibles du point de vue de la sécurité, du fait que les activités qui y sont exercées exigent un secret renforcé ou touchent les intérêts actuels de la sécurité extérieure et intérieure. Ce ne sont pas la Constitution et l'avenir démocratique de l'Etat qui sont ici l'objet direct de la protection, mais des affaires d'Etat qui ont trait à la sécurité et qui doivent être tenues secrètes. L'accès à ces fonctions est réservé aux personnes qui ont subi un contrôle de sécurité spécial. L'objet de ce contrôle n'est pas tant la fidélité de l'intéressé à la Constitution, qui a déjà été vérifiée au moment de son recrutement et qui est fondamentalement attendue de toutes les personnes employées: il s'agit bien plutôt de la question de savoir s'il satisfait également aux exigences accrues en matière de sécurité, par exemple s'il ne peut pas éventuellement donner prise au chantage (pour cause de dettes, d'actes criminels, etc.) ou s'il ne représente pas un risque concret pour la sécurité (par exemple dépendance à l'égard de l'alcool ou de la drogue). Mais il ne s'agit pas en l'occurrence d'obligations de service. Si un employé ne satisfait pas à ces exigences particulières, il peut néanmoins exercer ou continuer à exercer une activité dans d'autres secteurs du service public qui ne sont pas au même point sensibles en matière de sécurité. Le but du contrôle de sécurité n'est pas d'établir l'aptitude au service de l'Etat en tant que telle, mais seulement l'aptitude à des fonctions tout à fait spécifiques.

C'est la raison pour laquelle il est également erroné de qualifier les contrôles et transferts liés à ces exigences spéciales en matière de sécurité de mesures d'"interdiction professionnelle", ainsi que les opposants à l'ordre fondamental démocratique et libéral ne cessent de tenter de le faire afin de

multiplier le nombre des cas. Sinon, même un fonctionnaire du ministère de la Défense qui est transféré dans un bureau de placement pour cause d'alcoolisme devrait être considéré comme victime d'une "interdiction professionnelle".

Compte tenu de l'éventail de vérification beaucoup plus large que comporte le contrôle de sécurité, il serait disproportionné et injustifié d'étendre cette procédure à tous les fonctionnaires, tels que les enseignants, dans le seul but de déterminer s'ils sont aptes à l'emploi proposé du point de vue de la fidélité à la Constitution.

V. Etant donné que, lors de l'audition des témoins experts, la différence entre les fonctionnaires et les personnes employées en vertu d'un contrat de travail dans le service public de la République fédérale d'Allemagne n'a cessé d'être évoquée, le gouvernement fédéral tient à faire les remarques suivantes:

1. Aux termes de l'article 33, paragraphe 4, de la loi fondamentale, 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, c'est-à-dire à des fonctionnaires. Il est vrai que la ligne de démarcation entre le domaine de souveraineté réservé aux fonctionnaires et celui des personnes employées dans le cadre d'un contrat de travail dans le service public est difficile à tracer et n'est pas toujours respectée d'une manière cohérente.

Cela s'explique par de nombreuses raisons. Par exemple, en vertu du droit budgétaire, il est permis d'employer des personnes engagées en vertu d'un contrat de travail à des postes qui, dans le budget, sont prévus pour des fonctionnaires (mais pas l'inverse). Il est souvent fait usage de cette possibilité dans le cas de contrats d'emploi à temps partiel, de relations d'emploi de durée limitée, et dans des cas où les relations d'emploi permettent une politique du personnel plus souple que le statut relativement rigide du fonctionnaire à vie. Néanmoins, les personnes employées en vertu de contrats de travail à des postes de fonctionnaires sont assujetties aux mêmes obligations que les fonctionnaires en ce qui concerne le devoir de fidélité à la Constitution (le Tribunal fédéral du travail a expressément décidé en ce sens pour les enseignants).

Il peut également exister des domaines dans lesquels des fonctionnaires sont employés bien qu'il ne s'agisse pas exclusivement de l'exercice de compétences relevant des droits souverains; c'est ce qui ressort de l'article 33, paragraphe 4, de la loi fondamentale. Il existe pour cela des raisons historiques et politiques, et cette situation est également due en partie à des conceptions différentes de ce qu'il convient de considérer comme une "activité souveraine".

2. Cette coexistence de fonctionnaires et de personnes employées en vertu de contrats de travail dans le service public de la République fédérale d'Allemagne, qui n'est pas toujours clairement délimitée et qu'il n'est d'ailleurs pas toujours facile de délimiter, n'a pas d'importance pour les questions à traiter ici. En effet, le but n'est pas de rechercher quel statut doit être prévu pour tel ou tel emploi dans le service public, mais bien de savoir si les fonctionnaires allemands peuvent être requis de prendre en tout temps fait et cause pour l'ordre fondamental démocratique et libéral. Cet élément d'aptitude est une condition sine qua non de la nomination d'un fonctionnaire, indépendamment de la fonction concrète exercée.

Si un fonctionnaire exerce une activité dont on pourrait admettre qu'elle puisse également être confiée à une personne employée en vertu d'un contrat de travail, on ne peut pas en tirer un argument contre son devoir de rester fidèle à la Constitution en qualité de fonctionnaire, mais tout au plus un argument en faveur de son transfert ou d'une réorganisation. Toutefois, les questions relatives à l'organisation de l'Etat ne sont pas couvertes par la convention no 111. D'autre part, l'Organisation internationale du Travail ne saurait avoir pour tâche de prescrire à ses Etats Membres le pourcentage de fonctionnaires à occuper dans le service public et les secteurs de l'administration auxquels il convient de les affecter.

3. Pour ces raisons, on ne peut attacher de valeur à l'objection selon laquelle la fidélité à la Constitution des fonctionnaires allemands ne serait pas requise, parce que la même fonction peut éventuellement être exercée également par des personnes employées en vertu d'un contrat de travail et dont la fidélité à l'ordre fondamental démocratique et libéral ne serait pas soumise à des exigences aussi rigoureuses. Cet argument méconnaît en outre le fait suivant: contrairement aux fonctionnaires, il n'existe pour les personnes employées en vertu d'un contrat de travail ni carrière comportant des promotions régulières ni possibilité de transfert à tout moment. Elles restent par principe attachées au poste auquel elles ont été affectées, alors que les fonctionnaires, au cours de leur vie professionnelle, sont soumis à un processus de développement continu quant à leurs fonctions et à leur grade.

En outre, une personne employée en vertu d'un contrat de travail peut être licenciée sans préavis à tout moment pour un motif important. Pendant le déroulement de la procédure éventuelle en matière de protection contre le licenciement, elle est en dehors du service public. Un fonctionnaire à vie ne peut par contre être écarté du service qu'après une procédure disciplinaire longue et en bonne et due forme, au cours de laquelle il reste fonctionnaire. Il en résulte que le potentiel de risque à long terme est plus élevé dans le cas des fonctionnaires, en raison de leur statut, que dans celui des personnes employées en vertu d'un contrat de travail.

Si la pratique actuelle en République fédérale d'Allemagne concernant les groupes ayant des statuts différents devait être considérée comme injustifiée, il faudrait alors étendre le devoir de fidélité tel qu'exigé des fonctionnaires à toutes les personnes employées dans le service public; en d'autres termes, il faudrait rendre la pratique plus sévère à la suite de cette procédure d'enquête.

VI. Voici encore quelques observations sur le nombre des cas. Dès avant les auditions de témoins, le gouvernement fédéral avait fourni à la commission d'enquête une documentation statistique étendue tout en formulant des réserves quant à l'opportunité de prendre ces données numériques en considération lors de l'examen des questions de principe en cause. Ces données du gouvernement fédéral quant au nombre extrêmement faible de cas individuels ont été confirmées d'une manière impressionnante lors des auditions de témoins.

D'autant plus frappant est le grand nombre de cas cités par les opposants à l'ordre fondamental démocratique et libéral, mais qui ne sont pas étayés par des faits. Il est manifeste qu'ils considèrent toute demande de renseignements systématique ("Regelanguage") faite au moment du recrutement comme une mesure d'"interdiction professionnelle" indépendamment du résultat, de même que, par exemple, toute audition et tout transfert effectués dans le cadre des contrôles de sécurité bien que, comme indiqué, ces mesures n'aient rien à voir avec la vérification de la fidélité à la Constitution. Le but de cette manipulation de chiffres est si évident que le gouvernement fédéral s'abstient de tout commentaire.

VII. Il n'existe pas d'"interdictions professionnelles" en République fédérale d'Allemagne. C'est la raison pour laquelle le gouvernement fédéral exprime de nouveau l'espoir que l'Organisation internationale du Travail appuiera également en cette matière ses efforts pour assurer durablement la sécurité d'une démocratie qui garantit la liberté et les droits de l'homme.

398. Par une lettre du 18 novembre 1986, le gouvernement a communiqué les commentaires finals suivants:

En soumettant ces derniers commentaires, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne tient à souligner une fois de plus qu'il appuie l'application sans réserve des procédures de contrôle des normes de l'Organisation internationale du Travail. C'est pourquoi le gouvernement fédéral s'est efforcé, par les moyens à sa disposition, de fournir aussi rapidement que possible toutes les données factuelles requises pour l'examen de la question dont la commission d'enquête est saisie. Le gouvernement fédéral a également reçu la commission en République fédérale d'Allemagne au mois d'août et pris les dispositions nécessaires pour lui faciliter l'exercice de son mandat.

Au cours de l'enquête, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne a déjà exposé ses vues d'une façon exhaustive et en plusieurs occasions, et a analysé en détail tous les éléments qui, à son avis, présentent une importance tant sur le plan juridique que sur celui des faits. Il compte que ses arguments seront dûment pris en considération et, partant, renonce à répéter dans ses commentaires finals tout ce qu'il a déclaré antérieurement. Par contre, il rapportera essentiellement en détail les faits nouveaux intervenus depuis la visite de la commission en République fédérale d'Allemagne; au demeurant, le gouvernement fédéral récapitulera les aspects qu'il estime être les plus importants.

I. Pour ce qui concerne la procédure suivie par la commission d'enquête, le gouvernement fédéral a souligné à plusieurs reprises qu'il considère comme inadmissible le fait qu'on ait laissé la Fédération syndicale mondiale jouer un rôle analogue à celui d'un plaignant, notamment par la présence de ses représentants à l'audition des témoins, et a soulevé les objections qui s'imposent. En l'occurrence, il se réfère en particulier à la déclaration écrite présentée au cours de la première audience consacrée à l'audition des témoins, le 15 avril 1986.

Etant donné que l'institution d'une commission d'enquête contre un pays Membre a une importance et une portée beaucoup plus grande que les autres procédures de contrôle de l'application des normes, il faut veiller à ce que soient respectées, en particulier dans la procédure d'enquête, les règles applicables à un Etat de droit. C'est pourquoi il importe d'attacher une importance particulière au principe selon lequel la forme et le déroulement de la procédure soient prévisibles pour le gouvernement concerné. Ce gouvernement doit être en mesure, avant l'ouverture de la procédure, d'en prévoir toutes les étapes afin de ne pas être surpris par son déroulement.

L'absence de règles procédurales pour la procédure suivie en vertu de l'article 26 de la Constitution, ou du moins d'un résumé de la procédure suivie par les commissions d'enquête précédentes, constitue un vice de procédure général. La référence à une "pratique établie" pour justifier les différentes étapes de la procédure apparaît hautement problématique si l'on ne peut trouver les traces écrites d'une telle "pratique" au moins dans un document officiel de l'Organisation internationale du Travail. Les "règles pour l'audition des témoins" adoptées par la commission ne sont qu'une partie des règles de la procédure et ne satisfont pas au besoin d'un ensemble de règles exhaustif.

II. Par lettre du 12 septembre 1986, le gouvernement fédéral a transmis à la commission d'enquête deux jugements de la Cour européenne des droits de l'homme en date du 28 août 1986 (plaintes Glasenapp et Kosiek contre la République fédérale d'Allemagne, affaires 4/1984/76/120 et 5/1984/77/121). Au cours de l'audition de témoins experts à Genève, en réponse à une demande du gouvernement

fédéral, la commission a décidé, lors de sa huitième séance tenue le 21 avril 1986, de tenir compte de ces deux cas, dans la mesure où l'information avait trait aux questions dont elle était saisie.

Le gouvernement fédéral estime que c'est le cas. Il est vrai qu'à première vue les cas soumis à la Cour européenne des droits de l'homme concernaient deux plaintes individuelles - c'est-à-dire deux cas concrets - touchant l'admission à l'emploi d'un fonctionnaire, alors que la procédure d'enquête concerne, d'une manière générale, le droit et la pratique à l'égard du devoir de fidélité dans le service public allemand et, en l'occurrence, des cas de révocation de la fonction publique sont précisément au premier plan. Toutefois, comme le montre une analyse plus poussée des motifs des jugements, les deux décisions ont une importance considérable pour la procédure dont il s'agit.

Tant devant la Cour européenne des droits de l'homme que dans cette enquête, il s'agit de la liberté d'expression; dans les deux cas, elle doit être appréciée selon des normes internationales et non pas nationales (sur le plan national, il n'y a pas violation du droit fondamental à la liberté d'expression, ainsi que la Cour constitutionnelle en a décidé). La Cour, à la majorité de 16 voix contre 1, a établi que le fait de ne recruter en qualité de fonctionnaires que des personnes dont la fidélité future à la Constitution est garantie ne constitue pas une violation de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme - et qu'il ne s'agit même pas en l'occurrence d'une atteinte à la liberté d'expression. La Cour a considéré cette obligation de fidélité à la Constitution comme un élément de la qualification personnelle, comme une question d'accès au service public qui peut et doit être réglée par chaque Etat sous sa propre responsabilité et selon les conditions qui lui sont propres. Elle a déclaré expressément que cette aptitude caractéristique personnelle à garder fidélité à la Constitution ne saurait être considérée comme incompatible en tant que telle avec la Convention européenne des droits de l'homme. Il est permis de tenir compte des opinions et de l'attitude d'un candidat pour déterminer s'il possède les qualifications personnelles nécessaires pour l'emploi qu'il brigue.

La Cour s'est ainsi ralliée à l'idée de fidélité à la Constitution telle qu'elle a été constamment présentée par le gouvernement fédéral, en concordance avec les décisions de la Cour constitutionnelle fédérale: le simple fait d'avoir une conviction politique et le simple fait de la faire connaître ne peuvent jamais constituer une violation du devoir de fidélité. Le fonctionnaire doit aller plus loin et tirer des conséquences de sa conviction politique pour son attitude à l'égard de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne, par la manière de remplir ses devoirs de fonctionnaire, pour ses relations avec ses collègues. C'est la raison pour laquelle le devoir de fidélité à la Constitution exige seulement - ainsi qu'il est prescrit dans les dispositions régissant le droit des fonctionnaires - que le fonctionnaire "offre la garantie qu'il défendra à tout moment l'ordre fondamental démocratique et libéral au sens de la loi fondamentale".

Une discrimination fondée sur l'opinion politique, telle qu'elle est exclue par l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111, serait certainement une violation du droit fondamental à la liberté d'expression. Inversement, lorsqu'il n'y a pas violation de la liberté d'expression, il ne peut pas être question de discrimination fondée sur l'opinion politique. C'est pourquoi la conception juridique de la Cour européenne des droits de l'homme vient étayer le point de vue du gouvernement fédéral selon lequel l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111 n'a pas été violé.

Il faut ajouter à cela une seconde considération. L'aptitude à un emploi particulier est déterminée par les qualifications requises pour cet emploi. Il s'agit en l'occurrence de mettre au point un profil d'emploi particulier comportant les qualifications correspondantes; cela ne peut être fait que conformément aux conditions et aux prescriptions juridiques propres au pays, d'où l'on peut déduire quelles sont les qualifications qui peuvent être exigées des candidats pour l'emploi considéré. Etant donné que, conformément au droit constitutionnel interne, le devoir de fidélité à la Constitution est une qualification requise de tous les fonctionnaires, il entre nécessairement dans la clause d'exception prévue à l'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111, faute de quoi les organismes internationaux pourraient imposer au législateur national les qualifications qu'il doit exiger pour une occupation déterminée.

Toutefois, la question des qualifications n'a pas seulement de l'importance pour l'admission à l'emploi et pour la nomination en qualité de fonctionnaire titulaire d'un fonctionnaire en période probatoire et sa révocation d'un statut probatoire lorsqu'il ne répond pas à l'attente de l'administration, sur laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer. Elle joue également un rôle décisif pour le maintien dans le service public. Quiconque, en tant que fonctionnaire, viole son devoir de fidélité à la Constitution et montre ainsi qu'il n'est plus apte à l'emploi dans le service public ne peut rester au service de l'Etat. Ainsi que le gouvernement fédéral l'a déjà indiqué à maintes reprises, cela n'a rien à voir avec une sanction ou une "punition" pour une opinion particulière, mais constitue une réponse logique et toute naturelle à la disparition de la qualification requise dont, en pareils cas, la responsabilité incombe au surplus à l'intéressé. En l'occurrence, les cas d'admission à l'emploi et les cas de révocation sont au fond semblables. Dans les deux cas, il s'agit de l'aptitude à travailler comme fonctionnaire au service de l'Etat. Le fait de tenir compte de l'attitude à l'égard de la fidélité à la Constitution et de la conduite ultérieure des personnes concernées n'est qu'un moyen - que la Cour européenne des droits de l'homme considère également comme admissible - de vérifier cette aptitude.

III. Au cours de cette enquête, on s'est constamment efforcé de donner l'impression que, depuis le mois d'octobre 1982, la République fédérale d'Allemagne a intensifié les mesures visant au maintien de la fidélité du service public à la Constitution. Or c'est exactement le contraire qui s'est produit, ainsi que les chiffres communiqués à la

commission par les Länder au cours de sa visite le confirment. Le nombre des procédures disciplinaires n'a pas non plus augmenté. Le représentant du ministère fédéral des Postes et Télécommunications, par exemple, a souligné une fois de plus pendant les discussions du 5 août 1986 que, dans l'Administration fédérale des postes, les enquêtes qui ont conduit à des procédures disciplinaires formelles ont toutes, sans exception, été engagées avant 1982.

Le fait que, malgré ces faits connus et vérifiables, on prétende constamment le contraire prouve à quel point les intérêts politiques priment la cause du droit.

IV. La décision du Conseil d'administration du BIT du 3 juin 1985 d'instituer cette commission en vue d'un examen exhaustif de toutes les questions juridiques et factuelles importantes liées au devoir de fidélité à la Constitution a été prise, notamment parce que le rapport du comité qui avait examiné la réclamation de la Fédération syndicale mondiale en date du 13 juin 1984 n'avait pas, selon le gouvernement fédéral, tenu compte de certains aspects essentiels. C'est pourquoi, en conclusion, les principaux arguments du gouvernement fédéral sont récapitulés comme suit:

1. Si les voies de recours internes n'ont pas été épuisées pour déterminer les cas individuels dont il est fait mention, les organismes internationaux ne peuvent être saisis des questions juridiques qui en découlent. Etant donné que, dans ces cas, il n'existe pas encore d'interprétation d'application générale du droit interne, ils ne peuvent pas être pris comme base d'une évaluation définitive de la pratique nationale.
2. La République fédérale d'Allemagne, en prenant des mesures pour maintenir un service public fidèle à la Constitution, cherche à défendre et promouvoir la liberté et les droits de l'homme. Il serait paradoxal que la convention no 111, qui vise le même objectif, puisse être détournée de ses fins pour empêcher la République fédérale d'agir dans ce sens et donner la possibilité aux partisans d'un système totalitaire en République fédérale d'Allemagne, par le biais de l'emploi dans l'appareil de l'Etat, de saper de l'intérieur l'Etat démocratique et libéral. Les buts et les efforts de l'Organisation internationale du Travail se trouveraient inversés du même coup.
3. Ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme en a également décidé, il s'agit essentiellement de la qualification pour un emploi en qualité de fonctionnaire au service de l'Etat. Nul ne peut devenir fonctionnaire si sa conviction intime ne le pousse pas à soutenir l'ordre fondamental démocratique et libéral de la communauté qu'il s'apprête à servir, s'il n'est pas constamment prêt à le défendre et s'il n'agit pas dans cet esprit. Quiconque ne satisfait pas, ou ne satisfait plus, à cette exigence indispensable et en soi toute naturelle pour exercer un emploi déterminé dans le service public ne peut être recruté ou maintenu

dans ses fonctions. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une discrimination fondée sur l'opinion politique: tout fonctionnaire ou candidat est, de ce point de vue, traité de la même façon.

4. L'article 1, paragraphe 2, de la convention no 111 prévoit expressément que les distinctions fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations. La caractéristique personnelle de fidélité à la Constitution constitue dans tous les cas une telle qualification. Il ne s'agit pas ici d'une qualification requise pour une position particulière, mais de l'indispensable condition préalable à toute relation de fonctionnaire de servir l'Etat et son ordre fondamental démocratique et libéral, et de ne pas chercher à combattre et éliminer cet ordre.
5. Par rapport à l'article 1, paragraphe 1, de la convention no 111, l'article 4 a une signification propre. Quiconque désire éliminer les structures essentielles de l'Etat et de l'ordre constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne qui sont spécialement protégées par la Constitution en tant qu'intangibles agit contre la sécurité de l'Etat ou de son système constitutionnel démocratique. La Commission européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont considéré qu'il était légitime pour un Etat de se protéger contre un glissement imperceptible vers le totalitarisme et de prendre des précautions contre les menaces pour la sécurité nationale et l'ordre social et politique démocratique (jugement Klaas et autres, série A, vol. 28, paragr. 46 et suiv.). Le gouvernement fédéral a déjà évoqué cette question dans ses commentaires sur les résultats de l'audition des témoins, point IV.6. Les perspectives de succès de ces efforts ou les effets défavorables déjà vérifiables ne peuvent entrer en ligne de compte pour l'application de l'article 4 de la convention no 111.
6. La finalité de toutes les mesures destinées à maintenir en République fédérale d'Allemagne un service public fidèle à la Constitution est la prévention, le maintien de la démocratie et, par là, des droits à la liberté de tous les citoyens dans l'avenir. Tel est le sens de la "démocratie militante". Le souci de protéger la liberté ne doit pas être absent de l'évaluation juridique de ces mesures.