

# PASSAT, PRESENT I FUTUR DEL DRET PÚBLIC A ALEMANYA

Matthias Hartwig\*

## Sumari

### 1. El dret públic a Alemanya en el passat

- 1.1. L'evolució del dret públic a Alemanya fins a la fi de l'Imperi
  - 1.1.1. La relació entre la Corona i el Parlament
  - 1.1.2. Federalisme
  - 1.1.3. Drets bàsics
  - 1.1.4. El dret administratiu
    - 1.1.4.1. El dret públic subjectiu com a concepte central
    - 1.1.4.2. La jurisdicció administrativa
- 1.2. El dret públic durant la República de Weimar
  - 1.2.1. L'estructura nacional durant la República de Weimar
  - 1.2.2. Drets bàsics en l'època de Weimar
- 1.3. El dret públic durant el Tercer Reich

### 2. Els drets públics a Alemanya avui

- 2.1. Els drets bàsics en el marc de la Constitució
- 2.2. El reforçament del caràcter democràtic de l'Estat
- 2.3. Estabilització dels òrgans
- 2.4. Federalisme
- 2.5. El paper del Tribunal Constitucional Federal Alemany (*Bundesverfassungsgericht*)
- 2.6. El dret administratiu
  - 2.6.1. Evolució del dret públic subjectiu
  - 2.6.2. L'ampliació dels controls del Tribunal Administratiu
  - 2.6.3. Noves formes del dret administratiu
  - 2.6.4. Burocràcia
  - 2.6.5. Tendències de privatització i dret públic
- 2.7. El dret públic i el dret europeu

### 3. Futures tasques del dret públic

### Bibliografia

---

\* Matthias Hartwig, doctor en dret. Associat d'investigació a l'Institut Max Planck de Dret Públic Comparat i Dret Internacional, Im Neuenheimer Feld 535; D-69120 Heidelberg, mhartwig@mpil.de.  
Article rebut el 2.08.2010. Avaluació cega: 5.08.2010. Data d'acceptació de la versió final: 17.09.2010.

## 1. El dret públic a Alemanya en el passat

### 1.1. L'evolució del dret públic a Alemanya fins a la fi de l'Imperi

Si sota el concepte de *dret públic* entenem l'ordenació de les relacions de l'Estat amb els seus ciutadans i les normes relatives a l'organització d'aquest, podem parlar de l'existència de dret públic a Alemanya —suposant que considerem el concepte d'*estat* des d'una perspectiva àmplia— ja des de la baixa edat Mitjana. Aleshores ja es va decretar una ordre d'elecció per designar els reis alemanys, la manifestació més definidora de la qual va ser la Butlla Daurada de 1356. D'ençà del segle XIII, algunes estructures federals es van anar formant al si de l'organització de l'Imperi, com ho demostra sobretot l'*Statutum in favorem principum*, decretat el 1231 pel Kàiser Frederic II, en virtut del qual el regent concedia certs drets d'autonomia als prínceps imperials. Les diferents ordenances municipals alemanyes —com ara el dret de Magdeburg o el dret de Lübeck— no només van deixar l'empremta en els estatus municipals alemanys, sinó que fins i tot van ser exportats a Polònia i Rússia.<sup>1</sup> Però les repercussions d'aquests avenços del dret públic no es van pas restringir a l'edat mitjana, ans al contrari se'n pot seguir el rastre, per bé que amb intermitències, fins avui. De manera que, en aquest sentit, podem parlar en general de continuïtat: pensem només en el federalisme o en el dret d'autonomia municipal característicament alemanys.

Malgrat això, en el sentit modern de l'expressió no podem parlar de l'existència d'un dret públic a Alemanya fins al segle XIX. A partir d'aquesta època s'implanten en la majoria de països, i finalment també en el refós Imperi del 1871, les primeres constitucions; al mateix temps, també va sorgir un dret administratiu modern. Aquests progressos, però, no van aparèixer en un espai jurídic alemany aïllat, sinó que ho van fer sota la forta influència de França. Tant la crida a redactar una constitució escrita que inclogués els drets de l'home com l'elaboració del dret administratiu alemany, haurien estat fets inconcebibles sense els corresponents avenços assolits en aquestes matèries a França. Resulta molt significatiu que l'influent *Tractat sobre Dret Administratiu* d'Otto Mayer, escrit el 1885 a Estrasburg, fos una obra redactada en una ciutat que fins al 1871 havia pertangut a França.<sup>2</sup>

Quines van ser les grans preguntes del dret públic durant el segle XIX i fins a la fi de l'Imperi que van desaparèixer amb la derrota a la Primera Guerra Mundial?

Pel que fa al dret constitucional, la qüestió principal en l'àmbit del dret d'organització de l'Estat era com havien de ser les relacions entre la Corona i els representants del poble, i en segon lloc la relativa al caràcter federal de l'estructura nacional. A més, la discussió entorn dels drets humans i dels ciutadans va anar guanyant en virulència amb el pas dels anys. L'objecte de les discussions de dret administratiu girava, d'una banda, al voltant de les funcions de l'Estat i, de l'altra, es plantejava quines devien ser les formes de l'acció administrativa; i finalment quina fóra la protecció jurídica i judicial més adient.

<sup>1</sup> El dret de Lübeck va ser introduït en pràcticament totes les ciutats hanseàtiques de la costa del mar Bàltic, fins i tot a Riga i Reval (l'actual Tallinn); per la seva banda, el dret de Magdeburg es va implantar en moltes ciutats poloneses, i també a Kiev, on avui encara es commemora a la porta del Dret de Magdeburg.

<sup>2</sup> Otto Mayer: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Leipzig, 1885.  
Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010, p. xx-xx

### 1.1.1. La relació entre la Corona i el Parlament

Pel que fa a la legislació, la lluita per obtenir competències va marcar tot el segle XIX. Mentre que al llarg del segle XVIII les normes encara eren promulgades com a edictes o decrets pels kàisers, reis o prínceps, amb la introducció del concepte de sobirania del poble el Parlament reclamava una autoritat legislativa essencial. Tot i així, els parlaments dels *länder* alemanys —el Parlament a escala estatal va ser introduït per primera vegada amb la fundació de l'Imperi alemany— no s'unien en absolut sobre la base d'un dret de vot universal i igualitari. Les dones quedaven excloses d'aquest dret, i el dret de vot dels electors es determinava segons el patrimoni, com va quedar ben palès en el cas del famós “dret de sufragi de les tres classes” (*Dreiklassenwahlrecht*).<sup>3</sup> A més, era un costum habitual habilitar una sala de vot especial per a la noblesa.

Les tensions per obtenir competències en els àmbits de la legislació i del dret pressupostari es van fer paleses en el marc del conflicte constitucional prussià del 1862. El Govern defensava la idea que la prolongació del servei militar i l'augment de les forces armades era competència exclusiva seva. Per la seva part, el Parlament reclamava competències en dret pressupostari, i per consegüent poder decidir sobre la concessió dels diners addicionals per als costos relacionats amb la prolongació del servei militar i l'ampliació de les forces armades. Bismarck, que en aquell temps va ser designat en certa manera a l'oficina del president del Govern com el salvador de la Corona prussiana, defensava la denominada “Teoria de les Omissions” (*Lückentheorie*), per la qual el Govern podria actuar en cas de conflicte sense estar sotmès als compromisos del dret pressupostari. Els èxits militars de l'exèrcit prussià en les guerres contra Dinamarca el 1864 i Àustria el 1866 van provocar l'aprovació per part del Parlament prussià, el 1866, de l'anomenada *Llei d'indemnitat*, en virtut de la qual es legalitzaven ulteriorment els pressuposts dels anys anteriors. Si el conflicte s'hagués acabat realment, la majoria dels experts constitucionals haurien considerat l'acció de Bismarck com a una ruptura de la Constitució.<sup>4</sup> En la segona meitat del segle XIX, el dret constitucional alemany ja s'havia desenvolupat massa en la direcció d'un constitucionalisme inequívocament parlamentari per cedir a la Corona una primàcia incondicional en cas de conflicte.

El parlamentarisme experimentava una sòlida continuïtat gràcies a la creació del *Reichstag* (Parlament) i amb la redacció de la Constitució de l'any 1871. Els membres del *Reichstag* van ser escollits sobre la base d'un dret de vot igualitari, lliure i secret, i per tant aquesta institució es fonamentava en una legitimació democràtica tan àmplia com gairebé no posseïa cap altre organisme legislatiu de l'Europa d'aquell temps. No obstant això, el Govern de l'Imperi era una responsabilitat exclusiva del kàiser, que no podia ser ratificada ni desestimada pel *Reichstag*.

### 1.1.2. Federalisme

Després de la dissolució de l'antic Imperi l'any 1805, a Alemanya existien un gran nombre d'estats autònoms que, si bé és cert que es van decidir agrupar en un *bund* (federació o aliança) alemany, no van perdre gens ni mica la seva sobirania. Aquesta situació va canviar per primer cop amb la fundació de la Confederació

<sup>3</sup> El dret de vot de les tres classes prussià consistia a repartir els vots en els districtes electorals segons els pagaments d'impostos, de manera que les persones més riques, les quals produïen el primer terç dels ingressos fiscals en el districte corresponent, quedaven agrupades en una mateixa categoria; a continuació, la categoria següent de persones amb relació a la seva riquesa, que abonaven el segon terç dels impostos, s'agrupaven en una altra classe, i finalment la resta de la població contribuent. Les tres classes gaudien del mateix pes electoral en el si d'un districte electoral. Thomas Kühne: *Dreiklassenwahlrecht und Wahlkultur in Preußen*. Düsseldorf, 1994.

<sup>4</sup> Compareu-ho amb Ernst Forsthoff: *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4a ed. Stuttgart, 1972, pàg. 137 i s.

d'Alemanya del Nord el 1866, que el 1871 donaria lloc a l'Imperi Alemany amb la inclusió dels estats del sud, com ara Hessen, Baviera, Baden i Württemberg. La fundació de l'Imperi es va fonamentar en la signatura de contractes entre els estats sobirans, la qual cosa no vol dir que la Constitució de l'any 1871 establís un federalisme contractual que permetia als seus membres segregar-se del país en qualsevol moment simplement cancel·lant el contracte. Més aviat eren els estats sobirans els qui s'integraven a l'Imperi. D'altra banda, hom els atorgava una posició especial en el si de l'ordre constitucional. El *Reichsrat* (Consell Imperial), una mena de segona cambra, disposava d'àmplies competències en matèria de legislació i d'implementació de lleis, a més en arbitratge de disputes o plets entre els estats membres o dintre d'un *land*. A diferència de la segona cambra legislativa d'altres estats federals, l'esmentat Consell no estava compost per representants dels organismes legislatius dels *länder*, sinó de representants dels governs regionals respectius. D'aquesta manera, d'una banda la gènesi de l'Imperi Alemany tenia en compte el fet que en el seu origen el país havia estat format per estats sobirans, els representants a l'exterior dels quals no eren pas els parlaments respectius sinó els governs. D'altra banda, calia fonamentar la legitimitat a escala monàrquica i federal de les actuacions estatals a través del *Reichsrat* i dels seus membres, que habitualment no eren responsables del Parlament sinó dels prínceps territorials. A més de la legitimitat democràtica moderna derivada del *Reichstag*, n'hi havia una altra de tradicional provinent de les cases principesques regents representades indirectament en el *Reichsrat* "per la gràcia de Déu". Aquestes van rebel·lar un caràcter tan independent que una i altra vegada es feien especulacions sobre si el *Reichsrat* podia o no neutralitzar la legitimitat democràtica derivada del *Reichstag*, la qual cosa hauria significat la restauració de la situació política anterior.<sup>5</sup>

### 1.1.3. Drets bàsics

Els drets bàsics van tenir un paper primordial d'ençà de la Revolució Francesa en la discussió relativa al dret públic a Alemanya. Si bé és cert que els drets bàsics van deixar de ser recollits en una constitució nacional, atès que l'antic Reich va ser dissolt el 1805 per Napoleó, aquests drets es van veure reflectits en nombroses constitucions regionals, com ara la de Baden, Württemberg, Baviera o Prússia. Era aplicable tant a les constitucions que van ser promulgades per voluntat del poble com a les denominades *constitucions imposades*, les quals van ser lliurades al poble en un acte unilateral i com a resultat de la voluntat dels terratinents de torn, com ara la de Prússia de l'any 1851. El discurs humanista que es va anar propagant com a conseqüència de la Revolució Francesa, ajudat també per les tendències renovadores derivades del Congrés de Viena, ja no es va poder interrompre. Per tant, la reunió celebrada a la Paulskirche de Frankfurt el 1848, que pretenia redactar una constitució per a un país novament en vies de creació —la qual tanmateix mai no va entrar en vigor—, dedicava una gran atenció al catàleg dels drets humans.

El catàleg dels drets humans preveia els drets civils bàsics i clàssics, com la llibertat d'opinió i de premsa i la llibertat de religió, però també el dret a l'emigració. El dret a la igualtat també va guanyar un protagonisme notable, el qual, a diferència del que succeeix avui, no servia abans de tot per controlar l'arbitrarietat del legislador, sinó que tenia com a objectiu l'abolició dels privilegis de classe, ja fos mitjançant l'aplicació immediata o bé com a fruit d'una tasca del legislador.

El gran dèficit dels drets bàsics seguia sent la carència de rellevància pràctica. Es consideraven preceptes que regulaven les relacions entre els ciutadans i l'Estat, una mena de declaració oficial, sense que es poguessin

<sup>5</sup> Egmont Zechlin: *Staatsstreichpläne Bismarcks und Wilhelms II.*, 1929; Carl Schmitt: *Staatsstreichpläne Bismarcks und Verfassungslehre*, imprès a: Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlín, 1958, pàg. 29.

aplicar a la vida quotidiana.<sup>6</sup> Els drets bàsics van ser en aquest sentit més l'expressió d'una entesa nacional que no pas una garantia de drets concrets, raó per la qual es considerava a més innecessari incloure aquests drets en la Constitució nacional del 1871, un text que va servir de base per restablir l'Estat alemany. La protecció dels drets bàsics es va satisfer aleshores segons la concepció dels pares de la Constitució i mitjançant la seva introducció en les respectives constitucions dels *länder*. Fora d'això, la garantia no constitucional d'aquests drets era considerada substancialment vigent i efectiva, per exemple a través de la llibertat d'activitat industrial i comercial en el marc del reglament industrial de la Confederació d'Alemanya del Nord de l'any 1868 o de la llibertat de premsa, que ja quedava garantida gràcies a la llei de premsa de Württemberg del 1817,<sup>7</sup> atès que en aquest cas es tractava de normes que estaven subjectes a l'aplicació dels tribunals. Això de banda, si la sanció dels drets bàsics en la Constitució nacional no hagués atorgat unes garanties més elevades, la Constitució amb prou feines hauria gaudit d'una garantia de continuïtat en l'ocupació més gran que el dret ordinari,<sup>8</sup> i el concepte que els legisladors parlamentaris depenien dels drets bàsics garantits per la Constitució era desconegut en aquells temps.

Les línies de conflicte que caracteritzaven aquella època anaven, d'una banda, de la Corona al seu govern exclusivament responsable i de l'altra, de la Corona als legisladors parlamentaris. El Parlament, en particular, sempre que es derivés d'un sufragi general i igualitari com el que va formar el *Reichstag* alemany el 1871, era considerat bàsicament representant del poble, i en aquest cas concret, representant dels ciutadans. Els drets bàsics servien igualment per protegir aquests ciutadans de l'Estat, i per ser més exactes de la Corona.<sup>9</sup> No obstant això, el Parlament, en qualitat de representant dels ciutadans, només s'interposaria en els drets bàsics garantits als ciutadans quan anés en interès del poble. Per això, les esmentades intervencions o intromissions en la llibertat i la propietat sota les quals s'integraven els drets bàsics estaven condicionades per la llei: les restriccions a la llibertat o la propietat només eren lícites per mitjà o en virtut d'una llei. A partir de la suposició que el Parlament només actuaria en interès del ciutadà es derivava que al legislador no li calia establir límits jurídics per restringir el seu comportament. La garantia dels drets bàsics es produïa mitjançant les lleis ordinàries.

#### 1.1.4. El dret administratiu

##### 1.1.4.1. El dret públic subjectiu com a concepte central

El dret administratiu es va desenvolupar a Alemanya sense rebre cap influència de la discussió relativa als drets bàsics. El fet que la matèria jurídica del dret administratiu estigués sotmesa als principis i reglamentacions propis separats del dret civil ja havia quedat demostrat en la discussió entorn de l'esmentat dret, i també en el decurs de la legislació que regulava la relació entre els ciutadans i l'Estat. En aquest cas, es poden esmentar tant les lleis d'expropiació, sobre la base de les quals es van dur a terme les grans obres d'infraestructura del segle XIX, per exemple la construcció de carrers, vies de ferrocarril i canals, com també la introducció d'una llei tan fonamental com la que regulava l'activitat industrial i comercial. Aquesta llei no només garantia la llibertat d'indústria i negoci sinó que també regulava les competències de l'Estat en el control dels permisos i les concessions i dels

<sup>6</sup> A França es va mantenir aquesta entesa fins al 1971. En la seva famosa sentència núm. 71-44 DC, de 16 de juliol de 1971, el Consell Constitucional va resoldre per primer cop que la Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà s'apliqués també en la seva jurisdicció.

<sup>7</sup> Gerhard Oestreich: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2a ed. Berlín, 1968, pàg. 101.

<sup>8</sup> La modificació de la Constitució es va dur a terme fonamentalment emitint lleis ordinàries (article 78 de la Constitució alemanya del 1871).

<sup>9</sup> Això es feia palès, per exemple, en les prohibicions de la censura o en la inclusió d'un jutge en les detencions.

negocis subsegüents. Per tant, es tractava sempre de la imposició unilateral de mesures estatals sobre la base d'una autoritat sobirana, la qual cosa diferenciava aquesta llei de les disposicions del dret civil, que concernia habitualment les relacions jurídiques entre persones del mateix rang.

Un assumpte central, en el qual el desenvolupament del dret administratiu alemany es diferenciava essencialment de la seva font espiritual, és a dir, el dret administratiu francès, va ser l'evolució del concepte del dret públic subjectiu, que diferia de manera força elemental del concepte d'*interêt légitime*, del qual van sorgir l'ordenament jurídic francès i la majoria dels ordenaments jurídics romans influenciats per aquest. La implantació d'aquest concepte es pot considerar sense cap mena de dubte una imitació del dret civil amb els drets que s'hi garanteixen. Significava sobretot l'establiment d'una posició autònoma del ciutadà respecte de l'Estat. Aquest deixava de ser el súbdit, l'objecte de l'acció de l'Estat, per esdevenir més aviat el subjecte, a qui li corresponien una sèrie de drets propis, també davant l'Estat. Tanmateix, aquests drets no eren naturals sinó que es creaven únicament per mitjà de la legislació corresponent, i per consegüent eren fruit de la voluntat parlamentària. En quin lloc i sota quines condicions es creava el dret subjectiu no només constituïa l'objecte de la dogmàtica més profunda, sinó que també acostumava a suscitar acalorades discrepàncies en l'àmbit de la jurisprudència. Tot i així es va imposar el concepte que el dret subjectiu sempre existeix quan una norma ha de protegir els interessos d'una persona i que es reconeix a aquest individu l'exercici del seu poder jurídic i de la seva voluntat.<sup>10</sup> Per això, el caràcter de subjecte del ciutadà no només es tipificava com a titular de drets davant l'Estat sinó que a més esdevenia un nexa d'unió per a la imposició jurídica dels drets.

#### 1.1.4.2. Jurisdicció administrativa

Des de mitjan segle XIX, a Alemanya es va discutir intensament entorn de la necessitat d'introduir una jurisdicció administrativa pròpia. El dret públic havia experimentat un creixement notable arreu gràcies a les cada vegada més nombroses regulacions i ordenaments de l'Estat, que van anar acompanyades d'una conscienciació progressiva de les particularitats del dret públic, ara també respecte al dret civil. Aquest estat de coses va plantejar la qüestió que tal vegada calia introduir una jurisdicció experta en aspectes de dret administratiu. La decisió es va inclinar finalment per afavorir la jurisdicció administrativa, però en primera instància només es van implantar els tribunals administratius a escala dels *länder*, com per exemple el de Baden el 1863. El primer tribunal administratiu nacional no es crearia fins al 1941.<sup>11</sup> La desconfiança envers els tribunals administratius era conseqüència també del temor que existís un vincle massa estret entre l'Administració i la jurisdicció administrativa. L'exemple del Conseil d'Etat francès també va contribuir a incrementar aquests temors. De fet, la carrera d'un jutge administratiu transcorria durant un llarg període a l'Administració, per la qual cosa no es podia negar alguna proximitat personal entre els lletrats controlats i l'autoritat controladora. El dret constitucional va reaccionar davant la situació i actualment es permet als tribunals ordinaris decidir sobre la quantitat de les indemnitzacions en cas d'expropiació.<sup>12</sup>

Els tribunals administratius van contribuir de manera essencial al desenvolupament del dret públic, en especial a l'establiment dels principis processals del dret administratiu. Aquest és un fet prou significatiu perquè el dret administratiu material va ser codificat en primera instància de manera defectuosa i llavors no existia un dret processal administratiu propi. La competència dels tribunals administratius estava vinculada en aquells temps al

<sup>10</sup> Compareu-ho amb Otmar Bühler: *Die subjektive öffentliche Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*. Berlín, 1914, pàg. 25.

<sup>11</sup> Ordre del Führer de 3 d'abril de 1941.

tipus de la demanda, per la qual cosa no oferia una protecció completa contra l'actuació de l'Estat. Més aviat el demandant es podia defensar d'un acte administratiu il·legal només mitjançant un recurs de nul·litat o bé es podia querellar per la promulgació d'un acte administratiu mitjançant un recurs de queixa. Llavors no existia cap garantia de protecció jurídica completa.

## 1.2. El dret públic durant la República de Weimar

### 1.2.1. L'estructura nacional durant la República de Weimar

La fi de la Primera Guerra Mundial va comportar una interrupció prolongada en l'evolució del dret públic alemany. El kàiser va dimitir i el 1919 es va crear la primera Constitució democràtica a escala nacional. Amb tot, en alguns aspectes aquesta llei estava encara molt arrelada a les estructures de l'Imperi. Es detectava especialment en el fort posicionament de l'executiu, en què el president escollit directament posseïa un dret legislatiu d'urgència (*Notverordnungsrecht*) extensiu, la qual cosa amb l'acabament de l'època de Weimar i la instauració del règim nacionalsocialista, que va tenir lloc durant la Constitució de Weimar, es va revelar funest. Exceptuant-ne els presidents, els òrgans previstos a la Constitució de Weimar van resultar summament febles. Els governs se succeïen amb molta rapidesa perquè les coalicions en les quals es basaven es dissolien o perquè eren destituïts per les majories radicals. Ni tan sols el *Reichstag* de torn aconseguia gairebé mai finalitzar el període de la legislatura.

El federalisme tenia un paper secundari i la dogmàtica advocava per un estat federal unitari en vista de la feblesa dels *länder*.<sup>13</sup> En aquesta línia, és molt significatiu que el país apliqués l'execució federal (*Reichsexekution*) contra els *länder* fins a quatre cops durant el breu període weimarià; finalment, l'any 1932 Prússia es va sotmetre a la *Zwangsverwaltung* (Llei relativa a la liquidació forçosa i a la intervenció judicial dels béns) dictada per l'Imperi.<sup>14</sup>

### 1.2.2. Drets bàsics en l'època de la República de Weimar

Amb la Constitució de Weimar del 1919 va canviar considerablement la posició dels drets bàsics en el si del dret públic. Aquests drets eren recollits en la segona part de la Constitució estatal: la part següent a la de l'organització de l'Estat. Tanmateix, aquests drets es caracteritzaven pel fet de posseir unes singularitats que feien que la seva funció es diferenciés en gran manera de la dels drets bàsics de la Llei fonamental. El catàleg de drets bàsics no només es restringia als clàssics drets civils i polítics, sinó que també englobava els drets socials, com el dret al treball o el dret a l'habitatge. Les formulacions, ara també les dels drets socials bàsics, mostraven en molts casos els drets bàsics com a tasques conferides al legislador, i aquests no eren immediatament aplicables a l'individu. De fet, el nombre de resolucions o sentències dels tribunals decretades durant la República de Weimar que es basaven en els drets bàsics va ser molt minso. La magistratura, que en gran part es componia encara de jutges procedents de l'Imperi, no havia interioritzat encara el significat que tenien els drets bàsics en el marc d'un sistema jurídic. A més, faltava un tribunal autònom expert en la protecció dels drets bàsics, com avui és el Tribunal Constitucional.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Article 14, apartat 3, pàgina 4 de la Constitució.

<sup>13</sup> Michael Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. III. Munic, 1999, pàg. 118.

<sup>14</sup> Compareu-ho amb *Preußen contra das Reich vor dem Staatsgerichtshof*. Amb pròleg del director ministerial Dr. Brecht. Berlín, 1933.

<sup>15</sup> La literatura es va mostrar en diverses ocasions molt refractària respecte del Tribunal Constitucional; compareu-ho, per exemple, amb Carl Schmitt: *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, a Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlín, 1958, pàg. 63.

En la discussió entorn dels drets bàsics es van evidenciar noves dimensions d'aquestes garanties. Si els drets bàsics es consideraven primerament com a drets de defensa contra l'Estat, seguint la tradició de l'Imperi, i sobretot contra l'executiu, aquesta interpretació es complementava amb la concepció dels drets bàsics com a institució. Això significava que els drets bàsics no només anaven dirigits contra l'Estat, sinó que, a l'inrevés, representaven garanties que obligaven l'Estat a establir prerequisits per al seu exercici. Amb tot, l'Estat havia pensat menys en l'obligació d'establir prestacions materials mínimes que en el seu deure d'elaborar o mantenir les condicions legals indispensables per a la fonamentació del dret bàsic. En concret, aquesta situació s'exemplifica perfectament amb el model de la propietat com a garantia institucional (*Institutsgarantie*). La propietat sense una expressió jurídica no existeix. La propietat es defineix per mitjà de les regulacions del Codi Civil (BGB), sense el qual no és possible l'assignació. La garantia institucional exigeix al legislador la posada a disposició d'una dotació normativa mínima de la propietat. Curiosament, aquesta versió dels drets bàsics va ser exaltada per la facció conservadora, el representant més prominent de la qual era Carl Schmitt.<sup>16</sup> Aquest fet va ser el resultat del desplaçament del poder dintre de les estructures polítiques, i es va introduir així una democràcia totalment consolidada a la República de Weimar. Mentre que en època de l'Imperi es produïen tensions entre la Corona i el Parlament, com a representant del poble, ara el Parlament havia monopolitzat tot el poder legislatiu. Els perills ja no provenien tant de l'executiu o de la Corona com de la majoria parlamentària, que a causa del canvi de les circumstàncies polítiques tolerava totes les idees menys les conservadores. Contra aquesta majoria parlamentària, que possiblement pretenia transformacions radicals en el reglament de la propietat, les quals ja havien estat anticipades per la revolució de novembre de 1918, ara calia esgrimir els drets bàsics com a institucions; aquests drets havien de limitar la llibertat d'acció dels legisladors —és a dir, una eventual majoria voluble—, obligant-los a respectar els drets bàsics —i en concret el dret a la propietat— com a institucions, sempre que fossin desproveïts dels seus mandats i prescripcions.

Evidentment, la interpretació dels drets bàsics com a garanties institucionals no era l'única. En l'època de la República de Weimar, percebuda com a crítica, la doctrina de la Constitució i de l'Estat es focalitzava contínuament a resoldre les qüestions bàsiques relatives a la legitimació estatal i per tant posava un èmfasi especial en els drets bàsics. La concepció positivista predominant, encoratjada per l'Escola de Viena de Hans Kelsen i representada per l'analista més destacat de la Constitució nacional de Weimar, Gerhard Anschütz, entenia els drets bàsics com a drets consolidats, als quals no es podia adjudicar una preeminència especial a causa del seu contingut material. Dintre d'aquesta concepció, els drets bàsics manifestaven únicament els principis generals de la legitimitat de l'Administració, ja que només es podia intervenir en aquestes garanties emparades per la Constitució mitjançant o en virtut d'una llei. Aquest concepte implicava que molts drets bàsics no es desenvoluparien totalment fins que els legisladors ordinaris no implementessin les lleis no constitucionals, és a dir que novament es necessitava la legislació. D'altra banda, Rudolf Smend subratllava l'efecte integrador de la Constitució, i en particular dels drets bàsics, per a la societat.<sup>17</sup> Aquests drets, observats en perspectiva, es van revelar no només com a normes estipulades fins a un cert punt de manera arbitrària, la legitimitat de les quals només es derivava del criteri dels legisladors, sinó també com a garanties necessàries per a una convivència pacífica de la societat. Hermann Heller va recalcar el significat social dels drets bàsics veient-hi

<sup>16</sup> Carl Schmitt: *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, a Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*. Berlín, 1958, pàg. 140.

<sup>17</sup> Rudolf Smend: *Verfassung und Verfassungsrecht*, a *Staatsrechtliche Abhandlungen*. Berlín, 1955, pàg. 119, 260 i s.  
Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010, p. xx-xx



garanties de protecció liberal contra l'Estat i també obligacions per a la creació de relacions vitals en què els ciutadans poguessin percebre la seva llibertat.<sup>18</sup>

La literatura del període weimarià relativa als drets bàsics és molt completa i extensa i va influenciar en gran mesura la discussió sobre el tema també a la República Federal d'Alemanya. Amb tot, els drets bàsics de la República de Weimar van ser més importants en tant que punt de cristallització per a una dogmàtica jurídica bàsica en progressió que no pas com a normes que marquessin de manera decisiva l'ordenament jurídic amb la seva aplicació.

### 1.3. El dret públic en el Tercer Reich

Del 1933 al 1945, tots els avenços aconseguits en l'àmbit del dret públic des del segle XIX se'n van anar en orris. La prerrogativa del Parlament pel que fa a l'executiu va acabar el març del 1933 amb la *Ermächtigungsgesetz* (Llei d'habilitació de poders especials), quan l'autoritat per establir normes va recaure bàsicament en l'executiu; les garanties dels drets bàsics van ser suspeses amb el Decret de l'incendi del Reichstag (*Reichstagsbrandverordnung*) de febrer del 1933, i el federalisme es dissolia amb la *Gleichschaltung* (equiparació o unificació) dels *länder*. A la pràctica, el dret administratiu va seguir evolucionant en gran manera, però sota els models nacionalsocialistes. El 1941 es va formar fins i tot el Tribunal Administratiu Nacional previst en la Constitució de Weimar. Convé destacar també els desenvolupaments posteriors de la dogmàtica, tot i que també en aquest cas molts dels seus paradigmes i preceptes estaven impregnats de la ideologia nacionalsocialista; en concret, la devaluació del significat del dret públic subjectiu, que era considerat una herència indesitjable del liberalisme i de la seva reafirmació inherent de l'individu. En canvi, la ideologia nacionalsocialista considerava l'individu només com a una part de la comunitat del poble. Per consegüent, pel que fa a l'Estat la doctrina nazi no preveia tant els drets de l'individu com el benestar del conjunt de la població, als procuradors del qual es podia adreçar l'individu, però només en interès de la generalitat. La dogmàtica del dret administratiu d'aquell temps va acollir, però, les tendències modernes de l'Estat i les va introduir en aquest dret amb efecte permanent. La novetat més important va ser el reconeixement de l'Estat com un prestador.<sup>19</sup> De fet, l'Estat va assumir cada vegada més tasques a partir de la primera meitat del segle XX a fi de satisfer les necessitats de la població. L'Estat va créixer a través del concepte original —liberal— d'una organització nacional destinada a mantenir la seguretat i l'ordre. L'Estat s'encarregava de tasques que englobaven des del sistema educatiu fins a les prestacions socials. La dogmàtica impregnava el concepte de *Daseinsvorsorge* (serveis d'interès públic general) i mirava de desenvolupar els instruments de dret administratiu necessaris, que es diferenciaven totalment dels mitjans de l'Administració intervencionista tradicional.<sup>20</sup>

## 2. El dret públic a Alemanya avui

El dret públic actual comença amb l'entrada en vigor de la Constitució un cop acabada la Segona Guerra Mundial. Aquesta Constitució s'havia d'entendre com una resposta al fracàs de la República de Weimar i a les barbaritats perpetrades pel Tercer Reich. La Constitució aprovada el 1949 seguia quatre línies principals: la

<sup>18</sup> Hermann Heller: *Grundrechte und Grundpflichten*, a H. Heller: *Gesammelte Schriften*, vol. 2, pàg. 281 i 310.

<sup>19</sup> Sobre aquest tema vegeu Ernst Forsthoff: *Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft*. Deutsches Recht, 1935, pàg. 398.

<sup>20</sup> Michael Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol III. Munic, 1999, pàg. 366.

protecció de l'individu, el reforçament del Parlament, l'estabilització dels òrgans polítics i la consolidació del federalisme.

## 2.1. Els drets bàsics en el marc de la Constitució

Resulta ja prou significatiu que la primera part del text constitucional estigui dedicada als drets bàsics i la segona s'ocupi de l'organització de l'Estat, invertint així la seqüència de la Constitució de Weimar, la qual cosa demostrava la reacció dels legisladors davant les atrocitats del Tercer Reich. Originalment, l'article 1 de la Llei fonamental o Constitució havia de tenir el text següent: «L'Estat queda supeditat a la voluntat de l'home, i no pas l'home a la voluntat de l'Estat.» La idea subjacent d'aquest text s'expressa ara mitjançant la posició dels drets de l'home en la Constitució i s'estén a través de la coneguda formulació de l'article 1 de la Constitució en forma normativa: «La dignitat de l'home és inviolable.»

El significat elevat dels drets bàsics no només queda reflectit en el paper imprès. Els darrers 60 anys, aquests drets han marcat l'ordenament jurídic com cap altre vessant o aspecte del dret, condicionat absolutament per la formulació i el paper o funció que la Constitució els ha adjudicat.

Renunciant a la Constitució de Weimar, l'aplicació immediata dels drets bàsics va ser plasmada per escrit per part de tots els òrgans estatals. Els drets bàsics no necessitaven una implementació prèvia del dret ordinari per poder ser aplicats pels tribunals i òrgans administratius. Es tractava de normes que es podien aplicar de la mateixa manera que les del Codi Civil, atès que als efectes legals tenien un caràcter pràctic. L'aplicació immediata es va aconseguir a costa d'ometre en gran manera la protecció dels drets socials bàsics, ja que s'argumentava que l'aplicació d'aquests drets demanava una implementació no constitucional —a diferència dels drets de defensa civil, que en primera instància només imposaven a l'Estat una prohibició d'acció— a fi de mostrar a l'Estat en quin moment, com i en favor de qui havia d'executar-los. Sobretot, es va estendre el temor que els drets socials bàsics només es complien en cas de liquiditat de l'Estat, la qual cosa va conduir a una relativització que possiblement també va afectar els altres drets bàsics, i això és el que calia evitar en tot moment.

Tanmateix, com a mínim igual de significatiu que la formulació dels drets bàsics com a dret immediatament aplicable va ser la creació del Tribunal Constitucional, que estava en condicions de protegir àmpliament els drets. Aquesta institució no només es preocupava, per tant, d'una protecció material sinó també processal. El procediment de reclamació constitucional oferia a l'individu moltes possibilitats d'actuar judicialment contra la violació d'un dret bàsic per qualsevol tipus d'acció oficial. En realitat, quan fos innecessari que els tribunals experts duguessin a terme una protecció dels drets bàsics tan extensiva tenint en compte l'aplicació immediata, s'hi podia igualment confiar perquè procuressin prou protecció remetent-se al text legal. Tot i així, cal tenir en compte que els jutges dels tribunals experts ja durant la República de Weimar i el Tercer Reich estaven gairebé sempre en funcions i per tant encara no havien interioritzat la importància i el significat dels drets bàsics per interpretar l'ordenament jurídic. A més, a la consagració d'aquests drets hi va ajudar molt el fet que els tribunals experts en la seva protecció els defensés contra les agressions provinents tant de l'Estat com de la jurisprudència experta. De fet, es va concedir al Tribunal Constitucional Federal una competència més àmplia que a cap altre tribunal al món. Aquest Tribunal podia ser apel·lat per qualsevol individu sempre que aquest notés que qualsevol mesura o omissió estatal vulnerava un dels seus drets bàsics. Els actes i les accions de l'Estat englobaven des de simples actes administratius, sentències judicials, disposicions o decrets, lleis ordinàries, lleis de consens

(*Zustimmungsgesetzen*) per a pactes o acords signats segons lleis internacionals<sup>21</sup> fins a lleis per modificar la Constitució, que poden ser considerades anticonstitucionals quan infringeixen la prohibició estipulada en l'article 79, apartat 3 de la Constitució, i determinats principis bàsics de la Constitució, entre els quals figura poder modificar el principi d'inviolabilitat de la dignitat de l'home.<sup>22</sup> Tot i així, la dignitat de l'home es considerava el nucli de cadascun dels drets bàsics, per la qual cosa s'excloïa la possibilitat d'interferir en excés en els drets bàsics que afectessin aquest precepte fonamental.

La protecció institucional que proporcionava el Tribunal Constitucional anava acompanyada d'una concepció molt àmplia dels drets bàsics. El punt de partida seguia sent la interpretació dels drets bàsics com a drets de defensa contra l'Estat, la qual cosa es corresponia amb la concepció liberal d'aquests, tal com es va desenvolupar sobretot durant el segle XIX. Amb tot, convé precisar que els drets bàsics, també en la seva funció clàssica de drets de defensa, englobaven cada vegada més aspectes de l'acció estatal i per això van anar desapareixent àmbits on aquests no estaven previstos. Això era aplicable sobretot a les denominades *relacions de poder especials*. Es tracta d'àrees caracteritzades per una relació particularment estreta entre el ciutadà i l'Estat, com per exemple les presons<sup>23</sup> o el servei públic. El Tribunal Constitucional Federal va deixar clar en la jurisprudència contínua que els drets bàsics han de ser respectats també en els àmbits esmentats per part dels òrgans estatals.

El Tribunal Constitucional Federal no es va detenir, però, en la interpretació dels drets bàsics com a drets de defensa. Als anys cinquanta aquest Tribunal ja havia descobert, a banda de la funció abans esmentada, que aquests drets posseïen un significat de dret objectiu. A continuació, els drets bàsics es van anar expandint cap a la resta d'apartats de l'ordenament jurídic. Tots els òrgans estatals estaven obligats a interpretar el dret ordinari als efectes dels drets bàsics.<sup>24</sup> Per aquesta raó també s'ha d'atribuir a les normes de dret civil que regulen les relacions entre dues persones una significació que estigui en consonància amb els drets bàsics. En aquesta línia, el Tribunal Constitucional Federal va declarar que la prohibició del Codi Civil relativa als actes contraris a la bona fe —article 242 del Codi Civil alemany— ha d'especificar que els bancs que concedeixen un crèdit a un individu no poden signar contractes de fiança relacionats amb el citat crèdit amb els seus familiars si aquests familiars no tenen cap interès en el crèdit i no poden reconèixer la rellevància o significat del contracte.<sup>25</sup> A més, del significat de dret objectiu dels drets bàsics, també se'n deriva que l'Estat no només està obligat a no ometre intromissions o ingerències contràries a aquests, sinó que, ans al contrari, ha de prendre mesures actives per protegir els drets bàsics. Això es demostra particularment en el cas de les reformes del dret a l'avortament. El Tribunal Constitucional Federal va concloure que, segons l'article 2, apartat 2 de la Constitució, on s'especifica el dret a la vida, l'Estat també ha de garantir una protecció suficient, imponent, si calgués, sancions penals als individus privats que atemptin contra la vida.<sup>26</sup> Sens dubte, la dimensió relativa a l'obligació de protecció es considera un dels avenços recents més importants en l'àmbit dels drets bàsics. Les obligacions de protecció se substancien en una multitud de constel·lacions; en el cas de l'autorització d'aparells o equips tècnics perillosos, l'Estat ha d'exigir als usuaris que tinguin cura d'adoptar totes les mesures de seguretat possibles segons l'estat actual de la tecnologia.<sup>27</sup> El problema de les obligacions de protecció estatals radica en el fet que, tot i que

<sup>21</sup> Són conegudes, per exemple, les reclamacions constitucionals contra el Tractat de Maastricht, BVerfGE 89, pàg. 155 i contra el Pacte de Lisboa, Sentència del Tribunal Constitucional Federal de 30 de juny de 2009, consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

<sup>22</sup> Vegeu, p. ex.: BVerfGE 30, 1; 84, 90.

<sup>23</sup> BVerfGE 33, 1.

<sup>24</sup> BVerfGE 7, 198.

<sup>25</sup> BVerfGE 89, 214.

<sup>26</sup> BVerfGE 39, 1.

<sup>27</sup> BVerfGE 49, 89.

serveixen a alguns individus, també en molts casos atempten contra d'altres. Així, la defensa dels drets bàsics justifica que l'Estat pugui limitar les llibertats i, d'alguna manera, això comporta una regressió de les seves metes i aspiracions. D'altra banda, no es pot ignorar que avui les amenaces a la llibertat dels homes ja no provenen d'un estat, al cap i a la fi prou domesticat, sinó més aviat dels individus que a causa del seu poder econòmic i tecnològic poden ingerir sagaçment i subreptícia en l'esfera de l'individu. L'Estat és l'única institució que els pot fer front, i la seva funció de garantir la pau en virtut del seu monopoli de la força i el poder exigeix la protecció de l'individu, ja que a aquest se li denega la possibilitat de prendre mesures per autoprotegir-se, en tant que l'evolució dels drets bàsics en direcció als orígens de les obligacions de protecció sigui conseqüent.

## 2.2. El reforçament del caràcter democràtic de l'Estat

La República de Weimar es va caracteritzar per traspasar, sobretot en etapes de crisi, extenses àrees del poder legislatiu a l'executiu, la qual cosa va posar fre a la Constitució. Ara ja no es considerava un dret legislatiu autònom per a l'executiu. El Govern només podia emetre decrets o ordres si estava autoritzat legalment per fer-ho, per la qual cosa la llei havia de detallar el contingut, l'objectiu i l'abast d'aquesta autorització -article 80 de la Constitució-, perquè la competència legislativa del Govern depengués en tot moment de la voluntat concreta del Parlament. El Tribunal Constitucional Federal va actualitzar aquest requisit mitjançant la denominada *Wesentlichkeitstheorie* ("Teoria de la substancialitat");<sup>28</sup> a continuació, pertocava als legisladors parlamentaris resoldre per si mateixos les qüestions essencials, en especial les que concernien als drets bàsics, i aquests no podien pas deferir aquesta tasca a l'executiu via autorització legislativa.

El reforçament dels components parlamentaris es demostra també en la jurisprudència del Tribunal Constitucional Federal relativa als expatriats de l'Exèrcit alemany.<sup>29</sup> La Constitució no regula expressament les competències per decidir sobre l'ús de les forces armades a l'estranger. Les disposicions constitucionals relatives a l'ús de les forces armades es refereixen exclusivament a problemes que afecten l'ús d'aquestes forces en l'espai jurídic del territori nacional, per tant a la Constitució no trobem pas disposicions relatives a l'ús de les forces armades, per exemple, en el marc de les missions de l'ONU. El Tribunal Constitucional Federal sosté, des dels primers casos en què l'Exèrcit va ser utilitzat en missions de l'ONU, que la Constitució es basa en el concepte d'un exèrcit derivat de l'autoritat del Parlament, de la qual cosa es deriva que només es pot fer ús de les forces armades a l'estranger si el Parlament en dóna el consentiment. I aquest permís haurà d'incloure tant l'abast del compromís militar com els seus objectius i propòsits. És cert que en cas d'utilitzar la força militar la flexibilitat estatal pot patir sota aquestes exigències, però el Tribunal Constitucional considera més important, tenint en compte la història alemanya, que el Parlament controli les forces armades i a la vegada les pugui utilitzar de manera flexible abans que no sotmetre l'Exèrcit a cap mena de control.

## 2.3. Estabilització dels òrgans

Una anàlisi de la Constitució mostra que el dret de l'organització de l'Estat està enfocat cap a la creació d'òrgans estables. El Parlament no posseeix cap dret d'autodissolució. Un canceller federal —a diferència de l'època weimariana— només pot ser destituït mitjançant un vot de censura constructiu, és a dir, quan el Parlament escull

<sup>28</sup> BVerfGE 49, 89.

<sup>29</sup> BVerfGE 90, 286; Sentència del Tribunal Constitucional Federal de 8 de maig de 2008, consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

un altre canceller per majoria dels seus membres, segons l'article 67 de la Constitució. Un vot de confiança amb resultats negatius pot conduir a la dissolució del *Bundestag*, és a dir, que el Parlament possiblement pateixi les conseqüències de tal vot i es faci enrere atemorit. Les reglamentacions relatives a l'organització de l'Estat han contribuït certament de manera notable al fet que els òrgans de la República Federal d'Alemanya siguin estables. Només una vegada va prosperar un vot de censura constructiu,<sup>30</sup> i després d'un vot de confiança fracassat només tres vegades des del 1949 es va dissoldre el Parlament.<sup>31</sup> Significativament, en tots tres casos es van donar situacions en què el mateix canceller federal no desitjava obtenir la confiança sinó obrir un nou camí a la reelecció. Si el vot de confiança que pretén la dissolució concorda o no amb la Constitució o si més aviat contradiu l'objectiu de les disposicions enfocades cap a l'estabilitat, és un assumpte objecte d'un debat encès i continu.<sup>32</sup> Amb tot, el Tribunal Constitucional Federal no ha definit el procediment corresponent com a anticonstitucional.<sup>33</sup>

## 2.4. Federalisme

Una de les condicions de les forces d'ocupació en el moment de la fundació de la República Federal d'Alemanya va ser que el nou Estat disposés d'una estructura federal.<sup>34</sup> En realitat, els aliats havien procurat sobretot descentralitzar l'exercici del poder en la mesura del que era possible controlant els esborranys de la Constitució. Els *länder* obtenien així considerables competències a través d'aquesta Llei fonamental.

La Constitució fa el plantejament següent respecte de les competències amb un to favorable als *länder*: sempre que no sigui procedent aplicar cap altra regulació, els *länder* tindran la competència. Això ha comportat que els *länder* exerceixin parcel·les essencials del poder executiu. En general, els *länder* poden elaborar tant lleis estatals com les seves pròpies, segons l'article 83 i següents de la Constitució, per la qual cosa necessiten una extensa maquinària oficial. El nombre de funcionaris regionals o de districte supera de molt el de funcionaris estatals. L'autoritat policial és exercida gairebé exclusivament pels *länder*. La policia estatal es limita principalment a la vigilància de les fronteres, dels aeroports i de les estacions de ferrocarril. L'Administració federal es du a terme als ministeris oficials i en algunes àrees específiques, com ara el servei exterior, les forces armades, la seguretat dels aeroports o les vies fluvials federals. Els tribunals també estan assignats en exclusiva als *länder*, a excepció dels tribunals superiors (Tribunal Federal de Justícia, Tribunal Federal Contenciós Administratiu, Tribunal Federal Contenciós Tributari, Tribunal Federal Social i Tribunal Federal Laboral).

L'assumpte més complicat és l'àmbit de la legislació. També en aquest cas la Constitució s'inclina cap a la competència dels *länder* (article 70 de la Llei fonamental). No obstant això, a la pràctica els *länder* només reben una competència de legislació exclusiva en tres àmbits: el de l'educació i la cultura, amb la inclusió dels mitjans de comunicació, el del dret local i el del dret policial. Les matèries en què el *bund* posseeix el dret de legislació exclusiu són molt limitades i engloben, per exemple, la nacionalitat, el dret al règim monetari o el trànsit aeri (article 73 de la Llei fonamental). La majoria de matèries van ser recollides per la legislació concurrent (article 74 de la Constitució). En aquest apartat, els *länder* acostumen a gaudir de la competència legislativa, sempre que

<sup>30</sup> El 1982 Kohl va ser escollit canceller federal en el decurs d'un vot de censura constructiu.

<sup>31</sup> Els vots de confiança atorgats a Brandt el 1972, a Kohl el 1983 i a Schröder el 2005 no van prosperar, i en cada cas es va dissoldre el Bundestag.

<sup>32</sup> Compareu-ho amb Matthias Hartwig: *Misstrauen ist gut, Kontrolle ist besser: Die Auflösung des Bundestages im Verfahren des Art. 68 GG*. Der Staat, 2006, pàg. 409

<sup>33</sup> BVerfGE 62, 1 i s.; Sentència del Tribunal Constitucional Federal de 25 d'agost de 2005, consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

<sup>34</sup> Dietmar Willoweit: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5a ed. Munic, 2005, pàg. 426.

el *bund* no hagi regulat les matèries respectives de manera definitiva. Originalment, el *bund* només podia dictar lleis segons uns requisits determinats, quan, per exemple, calia una legislació federal per protegir unes condicions de vida i econòmiques unificades. Tanmateix, el Tribunal Constitucional Federal havia declarat des de sempre que la qüestió de la necessitat d'aquesta legislació tenia un caràcter polític i per tant no era justiciable.<sup>35</sup> El *bund* va aprofitar aquesta situació per regular definitivament tota la matèria de la legislació concurrent. A la reforma de la Constitució del 1994 li va seguir una reformulació del pertinent article 72. Si això abans significava que el *bund* podia actuar a la regió sempre que existís la necessitat, per exemple, de protegir la uniformitat de les condicions de vida o bé de garantir la unitat jurídica i econòmica, la nova formulació proclamava que el *bund* estava autoritzat també a legislar, sempre que aquesta legislació fos “necessària” per aconseguir les metes esmentades. Per això s’havia de poder establir un control judicial de les competències per legislar en l’àmbit de la legislació concurrent. Al mateix temps, als parlaments dels *länder*, a més del *Bundesrat* i dels governs regionals, hom els va concedir la possibilitat de dur a terme controls normatius abstractes, per bé que restringits a la qüestió de si era realment necessari aplicar la legislació federal en casos concrets.<sup>36</sup> Des del 2002, el Tribunal Constitucional Federal ha endurit els controls de la legislació federal en l’apartat de la legislació concurrent pel que fa a la necessitat d’aquesta. En la resolució de la llei orgànica relativa a la cura de les persones grans, el Tribunal Constitucional Federal va precisar que no calia disposar d’una legislació federal als efectes de la Constitució per a la creació de condicions de vida equiparables, si només es tractava de la posada en vigor de disposicions a escala nacional, i que únicament seria necessària la legislació si aquestes condicions de vida dels *länder* es desenvolupessin per separat i d’una manera clarament perjudicial per al teixit social. D’altra banda, la diversitat de sistemes jurídics dels *länder* faria innecessària, segons el Tribunal, l’existència d’una legislació per a la creació d’una uniformitat jurídica, i aquest seria el cas si la fragmentació jurídica comportés conseqüències inacceptables; per contra, sí que seria necessària una legislació federal per a la creació de la unitat econòmica si, en cas contrari, sorgissin inconvenients notables per a l’economia nacional.<sup>37</sup>

Amb la reforma de la Constitució de l’any 2006 la legislació concurrent va ser novament regulada, i va minvar en part l’enfortiment dels *länder* del 1994.<sup>38</sup> El *bund* necessitava només en un nombre limitat de casos una justificació per legislar, com ara la creació de condicions de vida equiparables o la protecció de la unitat jurídica i econòmica. Això s’aplica per exemple a tots els àmbits del dret econòmic, que inclouen el dret mercantil, comercial, artesanal, bancari, borsari i del sector assegurador privat; a més el dret d’estrangeria, del sòl, de circulació vial, el de la incentivació de la investigació, i el de la responsabilitat pública entre d’altres matèries, s’encabeixen en aquesta categoria<sup>39</sup>. Pel que fa a la resta, és a dir, per exemple, el dret civil, penal, d’associació, dels refugiats o mediambiental, els legisladors poden dictar lleis en endavant de lliure albir.<sup>40</sup> Una altra modificació consisteix en el fet que en endavant als *länder* també els estarà permès dictar lleis en unes quantes matèries, les quals s’enquadraven abans en l’àmbit de la legislació marc, que en el futur deixarà d’existir, sempre que el *bund* hagi actuat abans a la regió.<sup>41</sup> En aquest cas, per tant, la legislació federal no cedeix el pas a la legislació regional o del *land* sinó que més aviat ambdues coexisteixen en un mateix espai jurídic. Tanmateix, el

<sup>35</sup> BVerfGE 2, 213, jurisprudència permanent.

<sup>36</sup> Art. 93, apart. 1, núm. 2 a de la Constitució.

<sup>37</sup> BVerfGE de 24 d’octubre de 2002; BVerfGE de 16 de març de 2004, Declaració d’anticonstitucionalitat de la definició d’una llei federal ordinària, perquè la reglamentació no era necessària; BVerfGE de 9 de juny de 2004; BVerfGE de 27 de juliol de 2004. Consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

<sup>38</sup> Christoph Degenhardt: *Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform*. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2006, pàg. 1209; Matthias Hartwig: *El federalismo alemán*. Consultable a <http://www.analitica.com/plazaglobal/ponencias/pdf/1893705.pdf>.

<sup>39</sup> Compareu-ho: article 72, apartat 2 de la Constitució, relacionat amb l’article 74.

<sup>40</sup> Compareu-ho: article 72, apartat 1 i 2 de la Constitució, relacionat amb l’article 74.

<sup>41</sup> Aquestes matèries inclouen, per exemple, la caça o la protecció de la natura, article 72, apartat 3 de la Constitució.

dret del *land* no gaudeix, sempre que existeixi, d'un privilegi d'aplicació superior al federal o estatal; en cas que el dret del *land* fos revocat, s'aplicaria novament el dret estatal.

Tot i així, les competències de la legislació dels *länder* no es modificaran completament quan aquesta es limiti a la repartició de les matèries legíslables. Més aviat el que cal tenir en compte és que els *länder* que conformen el *Bundesrat* (Consell Federal) —en què, com succeïa en el *Reichsrat* (Consell Imperial), els representants dels governs regionals hi tenen escons— participen en el procés de legislació. Una part considerable de les lleis federals orgàniques només es poden promulgar amb l'aprovació del *Bundesrat*, és a dir, amb la cooperació dels *länder*. Això afecta sobretot les lleis que intervenen en la sobirania de l'organització i administració dels *länder* (articles 84 i 85 de la Constitució), a més de les lleis que es fonamenten en les obligacions de prestacions en efectiu dels *länder* respecte a tercers, (article 104 *a*, apartat 4). D'aquesta manera, els *länder* posseeixen el control fins i tot pel que fa a la legislació estatal. La reforma de l'any 2006 havia de reduir el nombre de lleis subjectes a autorització o consentiment, en concret que en endavant el *bund* només pogués intervenir excepcionalment en les estructures organitzatives i administratives dels *länder* mitjançant lleis pròpies. No obstant això, encara esperem l'èxit d'aquesta reforma.<sup>42</sup>

El federalisme no és només una qüestió de competències sinó que l'efectivitat de les estructures centrals també depèn en gran part de la repartició fiscal entre el *bund* i els *länder*. La Llei fonamental determina que únicament als *länder* o al *bund* els correspon la recaptació d'alguns tipus d'impostos, però aquests tenen una importància molt secundària. Els tipus d'impostos més productius, és a dir, els impostos sobre vendes i sobre la renda es reparteixen entre el *bund* i els *länder*, per la qual cosa els *länder* reben el 50% dels impostos sobre la renda, i aquests es distribueixen entre els diferents *länder* segons el total d'impostos de cada *land*. La repartició dels impostos sobre vendes es regula mitjançant una llei, la qual cosa obliga els *länder* a assignar prou diners per poder complir les seves tasques. La quota corresponent als *länder* es distribueix entre aquests segons el nombre d'habitants. Finalment, s'arriba a un complicat procediment de compensació entre els *länder* més rics i els més pobres, i entre els *länder* pobres i el *bund*; això ha de servir per evitar que la disparitat econòmica entre els *länder* creixi en excés, acció que es basa en la idea de solidaritat. No obstant això, recentment s'observen tendències que adjudiquen una responsabilitat pròpia més gran als *länder* per la seva situació econòmica, per tant l'obligació d'aportar subvencions suplementàries per part del *bund* s'aplica *a posteriori*. Això es va demostrar especialment en la sentència del Tribunal Constitucional Federal relativa al suport financer del *bund* als *länder*,<sup>43</sup> en què aquest Tribunal va recalcar que l'emergència pressupostària d'un *land* no pot generar l'obligació del *bund* d'adjudicar subvencions suplementàries al *land* en qüestió. Aquestes subvencions només estan justificades en cas que existeixi un desequilibri bàsic entre els ingressos fiscals d'un *land* i la seva càrrega de treball. L'elaboració d'un pressupost equilibrat és principalment una tasca que correspon als *länder*, i no se'n deriva una obligació de suport econòmic per part del *bund*, ans al contrari és el *land* qui s'ha d'esforçar per assolir aquests objectius reduint les despeses. Per això, el federalisme solidari posa l'accent sobre la *competitivitat*, i cada *land* és responsable dels seus actes i està obligat a crear les seves condicions econòmiques en competència amb els altres *länder*, harmonitzant les despeses i els ingressos fiscals. Tanmateix, aquest desenvolupament encara no ha trobat expressió en la legislació constitucional, i resta pendent una reforma substancial del dret de repartiment

<sup>42</sup> Georg Hermes: *Aussagekräftige Statistiken liegen bislang noch nicht vor*, a Horst Dreier: *Grundgesetzkommentar*. Tübingen, 2008, art. 84, RN 67 i s.

<sup>43</sup> Sentència del Tribunal Constitucional Federal de 19 d'octubre de 2006, consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

fiscal. Fins ara, la reforma de la Constitució financera s'ha limitat en l'essencial a la tipificació del fre a l'endeutament.<sup>44</sup>

## 2.5. El paper del Tribunal Constitucional Federal

Com ja s'ha esmentat abans amb relació als drets bàsics, el Tribunal Constitucional Federal té un paper important en l'estructura de poder de la República Federal d'Alemanya. Sucedeeix sobretot perquè la manca de competència per poder emprendre accions o intervenir per iniciativa pròpia queda compensada pel fet que un gran segment de sol·licitants, demandants o reclamants poden portar una causa davant del Tribunal Constitucional Federal, sense oblidar els individus. Per aquesta raó, gairebé mai no es dirimeix una disputa legal sense que el Tribunal no sigui apel·lat. Si bé és cert que les tasques del Tribunal Constitucional es limiten a jutjar la constitucionalitat dels actes sobirans de l'Estat, les seves resolucions i sentències tenen una gran repercussió en la conformació de la vida política. La jurisprudència constitucional engloba qualsevol forma d'acte o omissió per part de l'Estat, des dels actes individuals fins a les lleis. Gràcies al control dels tribunals experts, el Tribunal Constitucional, com ja s'ha comentat en apartats anteriors, proporciona una orientació totalment nova a la jurisprudència mitjançant la inclusió dels drets bàsics en la interpretació del dret ordinari. La jurisprudència constitucional ha deixat profundes empremtes en l'àrea del dret social i del dret fiscal. També convé esmentar que l'ordenament federal s'hauria desenvolupat d'una altra manera sense la jurisprudència del Tribunal Constitucional.

Òbviament, la competència del Tribunal per anul·lar lleis també hi té un rol cabdal, ja que pot contradir la voluntat dels legisladors parlamentaris. Això demostra que els legisladors també veuen restringit el seu marge d'actuació pels límits que marca la Constitució. Tanmateix encara roman la qüestió de fins a quin punt i amb quina freqüència pot intervenir aquest Tribunal en la legislació amb ànim corrector, sense que el procés democràtic de l'establiment de normes en surti malparat.

La jurisdicció constitucional no només actua a escala estatal. De fet, tots els *länder* disposen dels seus òrgans corresponents, molts dels quals consideren la possibilitat d'interposar una reclamació constitucional. Amb tot, el criteri de valoració exclusiu és la constitució del *land*, per tant en cas de reclamacions constitucionals també es recorre als drets bàsics estipulats en aquest text legal. L'objecte de valoració en els processos de reclamació constitucional portats davant dels tribunals constitucionals dels *länder* són els actes individuals o normatius realitzats pels òrgans d'aquests. En canvi, el dret federal no pot ser objecte de valoració, perquè en aquests casos aquest té preferència respecte al dret del *land*. Tot i així, un assumpte controvertit és en quina mesura els tribunals constitucionals dels *länder* poden verificar o controlar l'aplicació del dret federal a través dels seus òrgans, en concret mitjançant els seus tribunals.<sup>45</sup> En el conegut judici contra l'antepenúltim president del Consell d'Estat de la RDA, Erich Honecker, celebrat el 1993, el Tribunal Constitucional de Berlín va resoldre que les resolucions i sentències dels tribunals del *land* podien ser verificades segons els criteris de la seva constitució, tot i que s'apliqués el dret federal. El fet decisiu era, segons aquest Tribunal, que en aquest cas havien actuat els òrgans del *land*, però aquesta resolució va ser molt discutida; l'opinió majoritària en la literatura jurídica era que la responsabilitat de controlar o verificar l'aplicació del dret federal conformement als drets bàsics havia de recaure exclusivament en el Tribunal Constitucional Federal.

<sup>44</sup> Vegeu a sota, punt 3.

<sup>45</sup> Matthias Hartwig: *Los derechos fundamentales en la República federal de Alemania y sus Länder*; a Miguel A. Aparicio (ed.): *Derechos y libertades en los Estados compuestos*. Barcelona, 2005, pàg. 145.  
Revista catalana de dret públic, núm. 41, 2010, p. xx-xx



## 2.6. El dret administratiu

### 2.6.1. Evolució del dret públic subjectiu

El dret administratiu també va experimentar un fort avenç després de la Segona Guerra Mundial. El concepte del dret subjectiu es va ampliar sota la influència dels drets bàsics, i es va deixar de concebre l'ajuda social estatal com una almoina pública que repartia l'Estat de lliure albir. La dignitat humana exigia més aviat que una persona amb una carència material tenia dret a rebre la prestació corresponent de l'Estat.<sup>46</sup> En conjunt, s'observa una ampliació notable dels drets públics subjectius, però aquests es fonamentaven tan sovint en els drets bàsics que en l'àmbit de la dogmàtica jurídica s'havia plantejat la qüestió de si els drets públics subjectius en justificaven l'existència com a figura independent del dret administratiu o si més aviat serien desplaçats i finalment substituïts pels drets bàsics.<sup>47</sup>

### 2.6.2. L'ampliació dels controls del Tribunal Administratiu

Una modificació fonamental del dret administratiu va ser provocada per la inclusió d'un decret del Tribunal Administratiu l'any 1960, que constitueix la primera reglamentació legal completa del procés administratiu establerta a Alemanya. Especialment destacable va ser la modificació de l'admissió de la demanda. Primerament es va aplicar un principi d'enumeració; a continuació només es podia presentar davant del Tribunal Administratiu qui exercís el seu dret amb una demanda prevista en l'ordenament jurídic processal. Des de la inclusió del Reglament del Tribunal Contenciós Administratiu, el dret administratiu permet interposar qualsevol demanda sempre que la persona interessada pugui fer valer judicialment una vulneració o violació d'un dret, per la qual cosa es recorre a la garantia de protecció de drets de l'article 19, apartat 4 de la Constitució; per tant l'individu pot interposar una demanda contra qualsevol violació d'un dret per part de l'Estat.

No obstant això, el dret administratiu alemany no va tan lluny per introduir una *actio popularis* general. Només en alguns àmbits, com ara el dret mediambiental, permet fins ara el dret administratiu d'interposar una demanda col·lectiva altruista, és a dir, permetre que les associacions de protecció de la natura presentin una demanda contra les violacions de les disposicions mediambientals, fins i tot quan aquestes no hagin estat infringides d'acord amb el seus propis drets.<sup>48</sup> La idea bàsica d'aquesta política és que en cas contrari ningú no podria demandar judicialment el compliment de les normes corresponents; el control judicial es considera, amb tot, un mitjà molt efectiu per exercir el dret públic, i aquest consent abans la ruptura del sistema que descartar la possibilitat d'una demanda. Pel que fa a la resta, a Alemanya el dret administratiu segueix arrelat al principi del dret públic subjectiu. Les demandes només es poden interposar quan algú hagi vist infringit algun dels seus drets, per la qual cosa, com ja s'ha demostrat, aquest dret també es pot fonamentar completament conformement al dret bàsic.

A Alemanya la protecció jurídica del Tribunal Administratiu no es limitava a l'abolició dels actes administratius contraris a dret. A diferència de França, on es posava als jutges límits estrets a l'hora d'intervenir en

<sup>46</sup> En aquest sentit, es va modificar la antiga Llei d'ajuda social federal.

<sup>47</sup> Rudolf Bernhardt: *Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte*. Juristenzeitung, 1963, pàg. 302 i s.; Manfred Zuleeg: *Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?* Deutsche Verwaltungsblätter, 1976, pàg. 509 i s.

<sup>48</sup> Article 61 de la Llei federal de protecció a la natura.

L'Administració en virtut del concepte de partició de poders, els tribunals administratius alemanys podien imposar deures d'acció, per exemple en cas de recurs de queixa a una sentència o resolució admesa (article 42 del Reglament del Tribunal Contenciós Administratiu). A més a més, de l'obligació constitucional de protecció judicial, se'n deriva també la protecció jurídica provisional, atès que l'esmentada protecció ha de ser efectiva; però això implica que els tribunals han de tenir les competències per prendre mesures en qualsevol procés per evitar l'aparició d'un *fait accompli* (fet consumat), el qual anul·li la protecció jurídica efectiva.

Amb la introducció d'una jurisdicció administrativa, les competències de la qual no es veuen restringides per l'enumeració dels possibles tipus de demanda, i amb el rerefons d'un dret bàsic a la protecció judicial, va sorgir un altre problema: una jurisdicció administrativa creixent i sovint desbordada. Els tribunals administratius no només verificaven de manera extensiva l'exercici dels arbitris administratius, imitant i estenent a més àmbits les doctrines franceses dels defectes en l'exercici del poder discrecional, sinó que també controlaven la interpretació de conceptes jurídics tan imprecisos com *fiabilitat* o *estat de la tecnologia*.

Aquesta situació es fonamentava en el desig de privar el mínim possible a les actuacions estatals dels controls judicials. Tanmateix, aquest desenvolupament va comportar inspeccions molt exhaustives dels actes administratius, la qual cosa va acabar plantejant la qüestió d'una partició de poders raonable, ja que habitualment els tribunals administratius no estaven prou dotats per oposar-se als experts de l'Administració. Això es va fer especialment palès en el dret a establir centrals nuclears. L'Administració va autoritzar la instal·lació de centrals atòmiques sota determinats requisits que s'orientaven cap a la seguretat. Les acusacions i demandes contra els permisos de construcció acostumaven a focalitzar-se precisament en l'absència de garanties de seguretat, i ara corresponia als tribunals comprovar si els requisits de seguretat dictats per l'Administració es corresponien a l'estat de la tecnologia. Però per dur a terme aquesta tasca als jutges els acostumava a mancar coneixements propis i per tant havien de recórrer a experts, que a causa de la controvèrsia en la matèria molt sovint no arribaven a cap declaració unànime. Com a resultat d'això, habitualment hi havia dubtes sobre si les resolucions dels tribunals administratius se sustentaven en coneixements i reflexions més profundes que no pas les mesures de l'Administració, de manera que no va ser pas casualitat que al final dels anys vuitanta del segle XX els experts s'ocupessin més de la qüestió dels límits dels controls judicials o de la pressió d'aquests que de l'ampliació posterior.<sup>49</sup> En aquest sentit, però, Alemanya va ser un cas únic en tot el continent europeu.<sup>50</sup>

### 2.6.3. Noves formes del dret administratiu

El dret administratiu va experimentar una expansió notable gràcies a l'adopció de tasques socials sobre una base legal. L'Estat adoptava un rol cada vegada més protector. El dret social constituïa, a més, una part molt significativa del dret públic, la qual cosa li proporcionava una nova orientació. Els actes jurídics tradicionals —simplificant, els permisos i les prohibicions— es complementaven amb concessions o amb prestacions fàctiques no fonamentades jurídicament. Les nombroses prestacions d'assistència social van comportar nous reptes per a la dogmàtica i la pràctica jurídica, en especial per als tribunals. Això es va aplicar per exemple a les concessions de prestacions sense base legal. El dret administratiu alemany —a diferència de les intervencions estatals en els drets— no exigeix que les prestacions estatals tinguin cap base legal. La menció de les prestacions respectives en la *Haushaltsgesetz* (Llei de pressupostos) es considera una legitimació legal suficient.<sup>51</sup> La provisió de

<sup>49</sup> Wolf-Rüdiger Schenke: *Bonner Kommentar*, article 19, apartat 4, considerant 334 i s.

<sup>50</sup> Jochen Abr. Frowein / pub.: *Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*. Berlín, 1993.

<sup>51</sup> Hartmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1a ed. Munic, 2007, pàg. 123; Tribunal Administratiu Federal 6, 282.

prestacions es basa sovint en reglaments administratius interns, dels quals es desprèn, però, un efecte extern. La jurisprudència administrativa determina que una pràctica administrativa orientada a una directiva com aquesta, juntament amb la clàusula d'igualtat estipulada en l'article 3 de la Llei fonamental, pot justificar el dret a rebre les prestacions corresponents.

En l'àmbit del dret a la tecnologia i del dret mediambiental, moltes vegades es regulen les normes tècniques exigides per les lleis pertinents a través de prescripcions administratives internes. Això permet una adaptació flexible del dret als coneixements tècnics progressius i, dels requisits que d'aquests es deriven, als reglaments jurídics. Amb tot, es planteja la qüestió del valor normatiu d'aquestes prescripcions administratives internes. Atès que aquestes no tenen cap efecte vinculant orientat cap a l'exterior —no fonamenten ni drets ni obligacions per a terceres persones—, sorgeix la qüestió relativa a la seva validesa i aplicabilitat. En general, els tribunals no estan vinculats a aquest tipus de prescripcions, ja que només han d'aplicar la legislació promulgada formalment.

#### 2.6.4. Burocràcia

El dret públic alemany està molt condicionat pels seus actors, els buròcrates. Els funcionaris no només estan especialment qualificats —molt més que els juristes— per dur a terme les tasques estatals, sinó que a més tradicionalment tenen una relació especial amb l'Estat que es diferencia en molts aspectes de les altres relacions laborals. Una característica central és la particular obligació de lleialtat dels funcionaris envers l'Estat, que al seu torn es correspon amb un deure de protecció i cura de l'Estat envers els funcionaris. Aquests treballadors oficials no tenen els mateixos drets laborals que els empleats. A aquests se'ls nega el dret a la vaga i han de posar a disposició de l'Estat tota la seva capacitat productiva. A canvi, l'Estat està obligat a pagar un sou raonable al funcionari, i també a les seves famílies. Atès que els funcionaris no signen cap contracte de treball amb l'Estat, l'Estat ha de regular el sou d'aquests per llei, i quan la remuneració establerta legalment és massa baixa, els funcionaris tenen el dret a interposar la demanda pertinent davant del Tribunal Constitucional Federal.<sup>52</sup> La via judicial substitueix el dret a la vaga.

La relació entre l'Estat i els funcionaris es defineix mitjançant les regles i normes del funcionariat acceptades i que també estan recollides en l'article 33, apartat 5 de la Constitució. Així doncs, el funcionariat no només va adquirir el caràcter d'una institució constitucional, sinó que a més va protegir les seves màximes principals contra possibles abolicions i intervencions del dret ordinari.

Les activitats que correspon dur a terme als funcionaris estan marcades per la tradició. En general, els treballadors de l'Estat exerceixen la seva feina en tots els àmbits del servei públic, des de les tasques policials fins a l'assistència social, com ara correus o estacions de tren. La reducció dràstica del cos de funcionaris implicaria una privatització prèvia de les tasques estatals.

No obstant això, el funcionariat alemany també va entrar en conflicte amb el dret de la Unió Europea (UE). Si bé és cert que l'article original 48, apartat 4 del Tractat de la CE preveia que l'activitat funcional estigués inclosa en la clàusula de gratuïtat del dret comunitari, el Tribunal Europeu de Luxemburg va dictaminar que els estats no tenen via lliure pel que fa a definir les activitats que només poden ser dutes a terme per funcionaris. Aquestes tasques han de quedar reservades als funcionaris i a alguns membres de l'Estat —jutges i soldats— que estiguin

<sup>52</sup> BVerfGE 44, 249.

estretament vinculats a l'exercici de poder sobirà, entre els quals s'integren col·lectius com la policia, la jurisprudència i la defensa nacional, però no les professions merament pedagògiques.<sup>53</sup>

Els legisladors federals van reaccionar a la jurisprudència del Tribunal Europeu dissociant la condició de funcionari de la necessitat de posseir la nacionalitat alemanya; des del 1993 també altres ciutadans de la UE es poden convertir en funcionaris i treballar al servei de l'Estat a Alemanya.<sup>54</sup>

### 2.6.5. Les tendències de privatització i el dret públic

Des dels anys vuitanta les funcions estatals s'han vist afectades per una onada de privatitzacions que comporta nous actes jurídics en l'àrea del dret públic. Des de la perspectiva del dret públic, la privatització total dels diferents àmbits que abans competien a l'Estat, com ara el servei de correus o el ferrocarril, resulta menys interessant. En aquest cas es produeix també un traspàs dels actes jurídics del dret públic als del dret privat. En aquests camps, habitualment l'Estat només es reserva les competències residuals, com per exemple la reglamentació de la fixació de preus, sempre que no s'hi generi cap competència.

El repte dogmàtic més important són, amb tot, els àmbits on l'Estat atrau socis privats per a la implementació de tasques, com ara en el marc de les associacions públic-privades. El soci privat ha d'aportar experiència pràctica, una mentalitat més eficient i sòlida i més flexibilitat en la realització de funcions estatals. Això es posa en pràctica en àrees tan diferents com la construcció de ciutats o carrers, la protecció mediambiental, el subministrament d'aigua o fins i tot les àrees del dret social. Tanmateix, fins ara encara no s'ha establert cap canó legal predefinit referent als actes jurídics del dret administratiu. L'Administració té més aviat via lliure per escollir els seus mitjans, i pot transferir a empreses privades, per exemple, a través de la formalització d'un contracte privat, la implementació de tasques que originalment les duia a terme l'Estat. Així, recentment, cada vegada és més habitual que es transfereixi la construcció, el manteniment i l'explotació de les autopistes a les empreses privades, que en conseqüència recaptin els peatges que estan obligats a pagar els vehicles. També és possible signar contractes de dret públic, i fins i tot es poden fundar societats de les quals les entitats públiques i les privades siguin socis amb els mateixos drets.

Durant els últims 15 anys, en l'àmbit de l'Administració comunitària, s'ha estès la pràctica de transferir les instal·lacions dels serveis públics —com ara l'eliminació d'aigües residuals— a inversors privats, habitualment estrangers, per després arrendar els seus serveis. El que en un principi era un negoci beneficiós per a totes les parts, amb la recent crisi econòmica s'ha convertit en un malson per als municipis, que han estat abocats al límit de la seva capacitat econòmica a causa d'unes complicades operacions que els comporten un risc de responsabilitat considerable.<sup>55</sup>

Els ciutadans, per la seva banda, es poden veure afectats per la implementació de les tasques públiques a càrrec d'associacions públic-privades de manera diversa. Sempre que una tasca del servei públic sigui realitzada per una societat de dret privat, en què estiguin representats a parts iguals els socis públics i els privats, les prestacions i els serveis corresponents es duran a terme conformement a les disposicions del dret civil; en

<sup>53</sup> Sentència del Tribunal Europeu en el cas *Lawrie-Blum / land de Baden-Württemberg*, recop. 1986, pàg. 2121.

<sup>54</sup> Article 4, apartat 1, vol. 1, de la Llei marc dels drets dels funcionaris (*Beamtenrechtsrahmengesetz*).

<sup>55</sup> Michael Droege: *Die Wiederkehr des Staates – Eigentumsfreiheit zwischen privatem Nutzen und sozialisiertem Risiko*. Deutsche Verwaltungsblätter, 2009, pàg. 1415.

realitat, aquests tipus d'empreses, a diferència de les societats civils pures, estan vinculades directament als drets bàsics. En cas de la creació d'una associació públic-privada amb inversors privats, també es pot afirmar des de la vessant pública que aquestes es financen amb les taxes que han d'abonar els ciutadans per percebre prestacions, les quals finalment li seran subministrades per una associació públic-privada. Amb tot, també es pot pensar en escenaris on la creació d'una associació públic-privada no té en absolut cap repercussió per als ciutadans. Atès que ni els àmbits en què aquestes associacions poden actuar ni les seves formes jurídiques estan regulades legalment, aquesta forma administrativa no genera repercussions generals per al ciutadà dignes d'esment.

## 2.7. El dret públic i el dret europeu

Durant molt de temps el dret europeu es va considerar una font de dret pròpia. Si bé és cert que aquest dret es va encaixar en l'ordenament jurídic nacional mitjançant les lleis consensuades relatives al dret primari i les clàusules d'obertura en la Constitució, primer en el seu l'article 24 i després en el 23, aquest coexistia de manera autònoma juntament amb el dret intern. En principi, es va reconèixer la primacia de què gaudia el dret europeu, però això no volia dir encara que el dret intern nacional contrari a l'europeu no tingués validesa; simplement en alguns casos concrets no s'aplicava.

A més, a causa del principi de les competències atribuïdes, el dret europeu només es podia desenvolupar en els àmbits en què estaven instaurades les competències de la UE. Bàsicament, el dret constitucional quedava reservat als estats membres, i el mateix s'aplicava al dret de procediment administratiu, al dret processal administratiu o al dret de responsabilitat pública. No obstant això, es demostrava que el dret europeu no es podia mantenir al marge d'aquestes matèries, per la qual cosa el Tribunal Constitucional Federal va designar el Tribunal Europeu com a jutge legal en el procés prejudicial conforme a l'article 267 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) i en virtut de l'article 101, apartat 1, pàgina 2 de la Constitució.<sup>56</sup> Com a resultat d'això, es van integrar els processos prejudicials en l'ordenament processal alemany, i en cas de violació o infracció l'individu podia fer valer judicialment els seus drets via reclamació constitucional davant d'un jutge legal.

Després de la sentència de Tanja Kreil dictada pel Tribunal Europeu, referent a l'autorització perquè les dones es poguessin integrar en les forces armades, la Constitució va ser modificada,<sup>57</sup> però encara se seguia plantejant la qüestió de la primacia de la Constitució respecte al dret europeu. Mentre que des de la perspectiva del dret europeu, tal com marca la legislació del Tribunal Europeu, calia reconèixer a aquest la primacia incondicional respecte al dret nacional, el Tribunal Constitucional Federal declarava les seves reserves en aquest assumpte amb la seva legislació invariable.<sup>58</sup> En concret, la protecció dels drets bàsics no hauria de tenir cap restricció amb la primacia del dret europeu. Durant els anys setanta el Tribunal Constitucional Federal encara va al·legar una reserva d'examen per a les normes de dret europeu aplicades a través dels òrgans alemanys,<sup>59</sup> i a mitjan anys vuitanta va considerar que els drets bàsics a escala europea estaven prou garantits per constituir-ne la competència examinadora, sempre que aquesta protecció trobés continuïtat mitjançant el Tribunal Europeu.<sup>60</sup> De

<sup>56</sup> BVerfGE 73, 339.

<sup>57</sup> Article 12 a de la Constitució en la versió del 19 de desembre de 2000.

<sup>58</sup> BVerfGE 37, 271; 73, 339; 89, 155; Sentència del Tribunal Constitucional Federal de 30 de juny de 2009, consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

<sup>59</sup> BVerfGE 37, 271.

<sup>60</sup> BVerfGE 73, 339.

fet, el Tribunal Constitucional Federal no va declarar en cap moment que cap norma de dret europeu fos incompatible amb la Constitució. Amb tot, la legislació mostra que el Tribunal va reconèixer la primacia del dret europeu davant del dret constitucional només de manera limitada.

La qüestió de la primacia encara va continuar amb la legislació del Tribunal Constitucional Federal relativa al dret europeu, que va ser decretat com a inaplicable. Un cop signat el Tractat —avui article 267 del TFUE—, li corresponia al Tribunal Europeu determinar la infracció de les competències mitjançant una norma secundària del dret europeu, la qual cosa es deriva del concepte d'unitat de l'espai jurídic. El Tribunal Constitucional Federal objectava que el dret europeu tan sols s'aplicava sobre la base de la llei consensuada relativa a les normes primàries en l'espai jurídic nacional. Fins a quin punt als òrgans europeus se'ls transfereixin competències no depèn pas únicament de la interpretació del dret europeu que en faci el Tribunal Europeu, sinó també de la interpretació de les lleis de consens nacionals, la qual cosa correspon als tribunals nacionals. Per això, el Tribunal Constitucional es reserva el control d'una possible vulneració del Tractat, i protegeix així el dret nacional, en especial el dret públic, contra la intromissió incontrolada del dret europeu en l'espai jurídic nacional.<sup>61</sup>

En l'àmbit del dret administratiu la situació és igualment complexa. El dret de responsabilitat pública alemany s'ha desenvolupat a partir d'un conglomerat de principis diversos, que fins avui no han estat encara codificats en una llei unificada.<sup>62</sup> En la majoria de casos, la responsabilitat derivada d'un error legal encara és refusada tant per la doctrina com per la legislació. Hi manca, per tant, una base legal. En la seva famosa sentència Francovich, el Tribunal Europeu va responsabilitzar l'Estat per la no-implementació de les directives de la UE que estipulen els drets de l'individu.<sup>63</sup> Per consegüent, el fet que el legislatiu es fes responsable de la no-implementació de les directives justifica la responsabilitat de l'Estat, per la qual cosa el dret de responsabilitat pública alemany com a part del dret administratiu experimenta una ampliació que no és present en el seu si.

Un fet destacable és també la influència del dret europeu en la qüestió de principi de bona fe o de confiança legítima present en el dret administratiu. La doctrina alemanya i la legislació han desenvolupat un sistema ben elaborat de revocació d'actes administratius.<sup>64</sup> Sempre que es confii justificadament en l'existència d'un acte administratiu il·legal i els guanys materials derivats d'aquest acte s'hagin exhaurit, per regla general no hi ha cap obligació de retornar els diners rebuts il·legalment. Amb tot, el Tribunal Europeu ha decidit que pel que fa a la protecció contra la distorsió de la competència s'han aplicat normes més estrictes que en el dret alemany amb relació a l'existència d'una confiança legítima.<sup>65</sup> Això fins i tot implica que segons les normes del dret administratiu alemany en aquests casos ja no es protegeix el principi de confiança legítima.

<sup>61</sup> BVerfGE 89, 155; Sentència del Tribunal Constitucional Federal de 30 de juny de 2009, consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.

<sup>62</sup> La temptativa d'una codificació del dret de responsabilitat pública al principi de la dècada dels vuitanta va topat amb una sentència del Tribunal Constitucional Federal que li denegava al bund la competència legislativa en aquesta matèria.

<sup>63</sup> Tribunal Europeu, recop. 1991 I, 5357.

<sup>64</sup> Articles 48 i 49 de la Llei del procediment administratiu (*Verwaltungsverfahrensgesetz*).

<sup>65</sup> Tribunal Europeu, recop. 1983, 2633.

### 3. Futures tasques del dret públic

El dret públic a Alemanya s'enfronta a grans reptes. D'una banda, hi ha la qüestió cada vegada més urgent de fins a quin punt l'Estat està encara en situació de dur a terme les múltiples tasques socials que li han estat assignades o que ha anat assumint en les darreres dècades. Amb el canvi demogràfic creix el percentatge de la població que viu de les ajudes estatals, i al mateix temps es redueix el percentatge dels qui cotitzen a la Seguretat Social. En aquest context, es planteja la pregunta de si la cobertura universal de la Seguretat Social fins ara garantida per l'Estat també es podrà mantenir en el futur. Per bé que essencialment estem davant d'una qüestió política, no cal oblidar que aquesta també té repercussions en el dret públic. La pregunta seria fins a quin punt l'Estat donaria via lliure a la instauració d'uns serveis privats mitjançant el retrocés a una garantia de subministraments mínims, la qual cosa aniria acompanyada del retrocés corresponent del dret públic en aquesta àrea.

Un altre repte de grans dimensions que haurà d'assumir el dret públic alemany —i altres països—, és la qüestió de la justícia generacional. En aquest cas, hi ha dos aspectes a destacar: la protecció mediambiental i l'endeutament estatal. La protecció mediambiental haurà de seguir procurant que es tinguin més en compte que fins ara els interessos de les generacions futures. Si bé és cert que aquesta protecció s'ha inclòs com a objectiu nacional en la Constitució, fins ara l'opinió predominant ha estat considerar-la un deure dels legisladors, la qual cosa en la pràctica legislativa serveix com a justificació per intervenir en la propietat privada. Encara manquen, doncs, procediments eficients per emprendre una protecció mediambiental que vagi en benefici de generacions futures. Això implicaria també explicar de manera convincent qui ha de vetllar per aquests interessos en favor de l'actual generació, tenint en compte que aquesta sempre esgrimeix el terme *voluntat democràtica*. La inclusió de les generacions futures significaria supeditar-les als seus desitjos i aquesta tasca correspon en exclusiva a la generació actual, atès que difícilment transcendirà més enllà. Tanmateix, hi roman l'aspiració que l'estructura política no es conformi només al ritme que marquen els períodes de les legislatures successives. El dret públic està cridat a mostrar-hi nous camins.<sup>66</sup>

En el cas de les finances públiques, la consideració dels interessos de generacions futures és un assumpte que s'aborda constantment. El 2009 la Constitució va incorporar l'anomenat *fre a l'endeutament*, a conseqüència del qual l'endeutament net no va superar el 0,35% del PNB nominal. Però aquesta disposició preveia de nou excepcions, i avui les reaccions politicoeconòmiques amb relació a la crisi financera recent plantegen dubtes sobre si aquestes disposicions no seran desestimades en cas d'emergència i si les circumstàncies hi obliguessin. El fre a l'endeutament encara no ha estat posat a prova perquè no entrarà en vigor fins al 2017.<sup>67</sup>

La pregunta que roman sense contestar és fins a quin punt el sistema jurídic alemany permet la transferència de competències a la UE sense que es pugui deixar de qualificar-lo d'estat de dret. El problema requereix una solució urgent sobretot en l'àmbit del dret constitucional. Es pot presagiar la fi de la Constitució per la via, fins a cert punt, constitucional si es transfereixen tantes competències de l'Estat a la UE que el caràcter estatal de la República Federal d'Alemanya es perdi i la Constitució es vegi privada de les seves funcions i del seu sentit? El Tribunal Constitucional Federal va mostrar i fixar els límits de la transferència de competències en la cèlebre sentència de Lisboa, on s'estipula que la Constitució com a tal no permet a la República Federal d'Alemanya

<sup>66</sup> Matthias Hartwig: *La costituzione come promessa del futuro*, a Raffaele Bifulco: *Antonio d'Aloia, Un diritto per il futuro*. Nàpols, 2008, pàg. 57.

<sup>67</sup> Christof Lenz i Ernst Burgbacher: *Die Schuldenbremse im Grundgesetz*. NJW, 2009, pàg. 2561.

cedir totalment la seva sobirania o independència. La decisió relativa de si Alemanya a partir d'un moment determinat s'ha d'integrar en una unió supraestatal li correspon, per tant, al poble, el qual haurà de ser cridat a decidir sobre la qüestió mitjançant referèndum. La Constitució mateixa no preveu un referèndum d'aquest tipus, per la qual cosa la transmissió definitiva de la sobirania estatal s'hauria de produir fora de l'àmbit de la Llei fonamental actual.<sup>68</sup>

## Bibliografia

### 1. Imperi

#### A. Dret constitucional

Paul Laband: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*. Friburg, 1883.

Otto Mayer: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Leipzig, 1885.

Ernst Forsthoff: *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 4a ed. Stuttgart, 1972.

Dietmar Willoweit: *Deutsche Verfassungsgeschichte*. Munic, 2005.

Michael Stolleis: *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*. Munic, 1992.

#### B. Dret administratiu

Ottmar Bühler: *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*.

### 2. Època de la República de Weimar

#### A. Dret constitucional

Gerhard Anschütz: *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. Berlín, 1929.

Hans Carl Nipperdey: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*. Mannheim, 1929.

Carl Schmitt: *Verfassungslehre*, 3a ed. Berlín, 1957.

Rudolf Smend: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 3a ed. Berlín, 1994.

Hermann Heller: *Staatslehre*. Leiden, 1971; *Grundrechte und Grundpflichten*. A: H. Heller: *Gesammelte Schriften*, vol. 2, pàg. 281.

#### B. Dret administratiu

Michael Stolleis: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*. Munic, 1999.

Walter Jellinek: *Verwaltungsrecht*. Berlín, 1929.

### 3. República Federal d'Alemanya

#### A. Dret constitucional

Konrad Hesse: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg, 1999.

Isensee, Josef/Kirchhoff, Paul: *Handbuch des Staatsrechts*, 3a ed., vol. 1-7. Heidelberg, des del 2003.

Klaus Stern: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1-5. Munic, des del 1977.

#### B. Dret administratiu

Hartmut Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Munic, 2009.

Friedhelm Hufen: *Verwaltungsprozessrecht*. Munic, 2008.

---

<sup>68</sup> Sentència del Tribunal Constitucional Federal de 30 de juny de 2009, consultable a <http://www.bundesverfassungsgericht.de>.