

LA FUNCIÓ PÚBLICA EN EL FEDERALISME ALEMANY

María-Jesús Montoro Chiner



Generalitat de Catalunya
Escola d'Administració Pública
de Catalunya







LA FUNCIÓN PÚBLICA
EN EL
FEDERALISME ALEMANY

Col·lecció "ESTUDIS" 7



LA FUNCIO PÚBLICA
EN EL
FEDERALISME ALEMANY

per

María-Jesús Montoro Chiner
Professora titular Dret administratiu
de la Universitat de Barcelona

Barcelona, 1986



GENERALITAT DE CATALUNYA
ESCOLA D'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA
DE CATALUNYA

Institut Català de Bibliografia. Dades catalogràfiques

Montoro Chiner, María-Jesús

La Funció pública en el federalisme alemany.

Referències bibliogràfiques.

ISBN: 84-393-0696-2.

I. Escola d'Administració Pública de Catalunya.

II. Títol. III. Col·lecció i Administració pública.

Alemanya (República Federal).

35 (430.1).

© 1986, María-Jesús Montoro Chiner

Propietat de la present edició: Escola d'Administració Pública de Catalunya.

1.ª edició: setembre de 1986.

Tiratge: 1.000 exemplars.

ISBN: 84-393-0696-2.

Dipòsit legal: B. 24222-1986.

Compost, compaginat i imprès a Grafos S. A. Art sobre paper.

Passeig de Carles I, 157 - 08013 Barcelona.

A Miguel Montoro Puerto



ÍNDIX

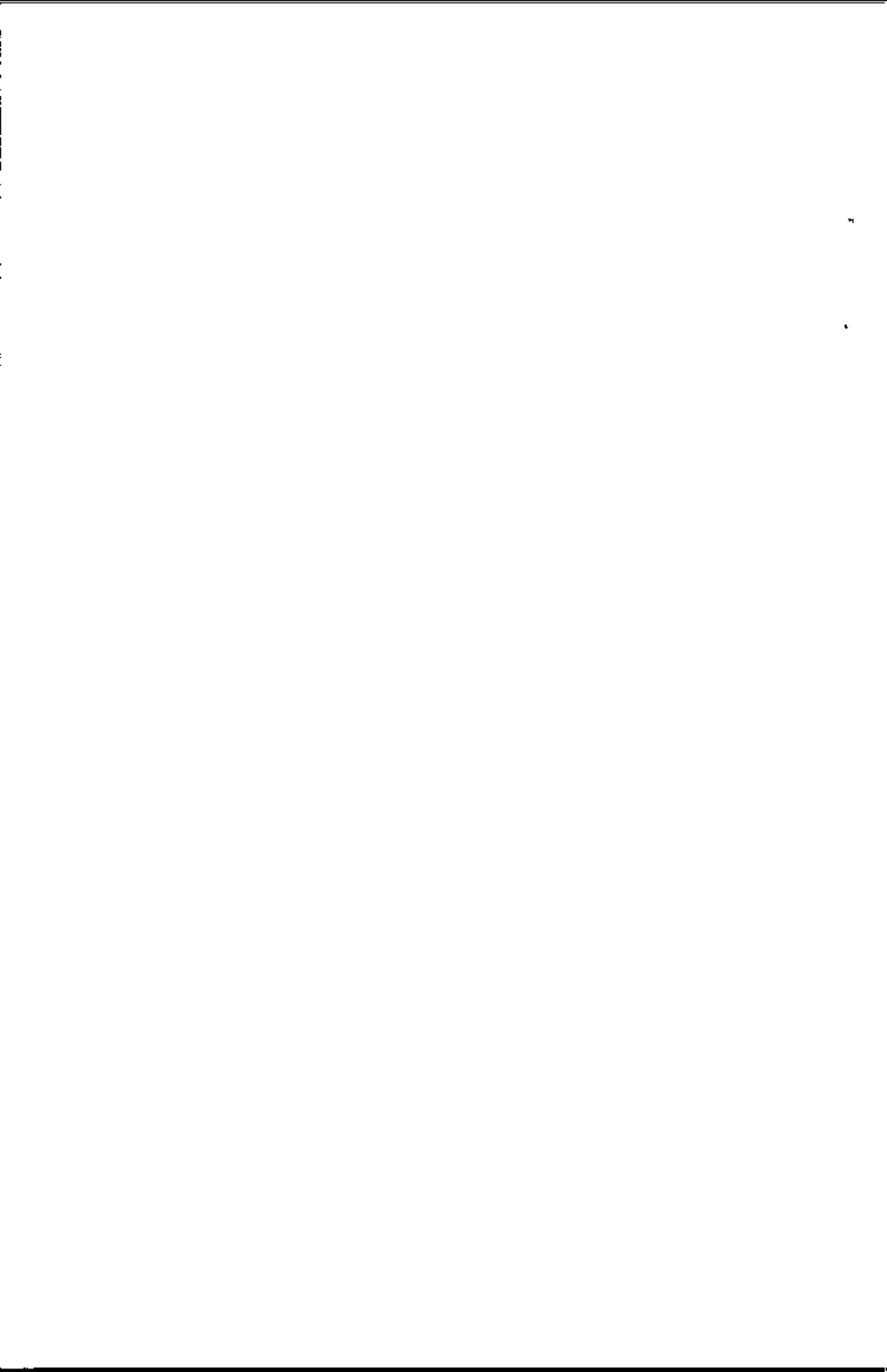
Agraïments	15
Introducció	17
CAPÍTOL PRIMER: L'estatut de la funció pública, com a part integrant del Dret públic	23
I. Caràcter jurídic-administratiu de la relació de funció pública.	25
II. L'exercici de funcions de sobirania, element determinant de la relació jurídic-pública	28
1. Nuclis de seguretat	29
2. Zones de fricció	30
a) Interpretació extensiva de la reserva de funció	30
b) Concepció dinàmica de la reserva de funció	31
c) Limitació de la reserva a l'Administració d'intervenció	31
d) Posició d'Ule	32
3. Funcions de sobirania segons la interpretació de l'article 33.4 GG	33
a) Interpretació sistemàtica	33
b) Interpretació gramatical	33
c) Interpretació històrica	33
d) Interpretació finalista	34
III. Dimensió constitucional de la relació de funció pública	35
1. La garantia institucional de la funció pública	35
a) Formulació de la garantia institucional	35
b) Unitat de la funció pública	37
c) Drets de caràcter recíproc derivats de la relació	38

2. Els principis tradicionals de la funció pública	39
a) La reserva de funció	41
b) La relació funcional com una relació de servei i lleialtat sotmesa al Dret públic	41
c) La relació de funcionari com una relació de servei en règim permanent	42
d) El deure de lleialtat	42
e) El deure d'assistència de l'Administració com un principi de la funció pública	43
f) El principi d'assistència social i de remuneració adequada.	43
g) El principi de carrera	43
h) El principi d'eficiència, mèrit i capacitat	44
i) El principi de legalitat	46
j) El dret a la decisió de l'autoritat administrativa prede-terminada legalment	47
k) La qüestió dels drets adquirits	49
3. Els drets fonamentals dels funcionaris	49
a) El dret a la vida i a la integritat física	52
b) El principi d'igualtat	52
c) La llibertat de creença i consciència	52
d) La llibertat d'opinió	52
e) Els drets de família	53
f) La llibertat de reunió	53
g) El dret d'associació	54
h) La lliure circulació i residència	55
i) La lliure elecció de professió o ocupació	55
j) El dret de petició	56
k) La pertinença a partits polítics	56
l) L'accés als càrrecs públics en condicions d'igualtat	57
m) L'elegibilitat en òrgans polítics representatius	57
4. Superació o persistència de l'institut dogmàtic de les rela- cions especials de poder	59
CAPÍTOL II: Significació de la funció pública en l'Estat democràtic.	61
I. Funció pública i Estat de Dret.	63
II. El principi de neutralitat	67
III. El deure de lleialtat a l'ordre constitucional (<i>Verfassungstreue</i>).	73
IV. El problema de la constitucionalitat del principi de lleialtat. La sentència del Tribunal Constitucional federal de 22 de maig de 1975	78

V. Abast i manifestacions del principi de lleialtat. Fonament i prova de la lleialtat constitucional. Procediment per verificar-la . . .	81
VI. Interpellació formulada el 18 de juliol de 1985 al govern federal en el <i>Bundestag</i>	88
CAPÍTOL III: Competències legislatives en el Dret de la funció pública; legislació aplicable	91
I. Competències legislatives sobre funció pública	93
1. Competències exclusives de la federació	95
2. Competències concurrents de la federació	95
3. Competències marc de la federació	96
II. El Dret vigent sobre funció pública	97
1. Ordenament federal de la funció pública	98
a) Legislació unificadora	98
b) Ordenament aplicable exclusivament als funcionaris de la Federació	101
2. Ordenament dels Länder relatiu a la funció pública; la seva concreció a Nordrhein-Westfalen	103
III. Les discutides i discutibles tendències centralitzadores	107
a) El Dret de la funció pública a Nordrhein-Westfalen	104
b) Disposicions generals de desenvolupament	104
c) Disposicions específiques per a grups de funcionaris	104
d) Preceptes aplicables per a tots els funcionaris del Land	105
e) Disposicions de caràcter especial	106
CAPÍTOL IV: La relació jurídica d'ocupació pública	111
I. Subjectes de la relació jurídica d'ocupació pública	113
1. L'Administració pública i la seva capacitat per ser subjecte de la relació jurídica de funció pública	114
a) L'autoritat superior de personal	115
b) Els superiors de personal	116
c) Els superiors en sentit estricte	117
2. El funcionari i l'exercici de la seva funció. Classes i formes.	118
a) Classificació dels funcionaris segons l'Administració que serveixen	120
b) Classificació segons la forma de la seva vinculació administrativa	120

c) Classificació segons la durada del vincle	121
d) Classificació segons la seva pertinença a un grup professional determinat	124
e) Classificació segons la seva situació jurídica especial: polítics i electius	124
II. Règim jurídic, origen i contingut de la relació d'ocupació pública	126
1. Ingress a la funció pública	126
a) Aspectes formals i naturalesa de l'acte de nomenament	126
b) Ingress a la funció pública. Criteris.	130
c) Ascensos i promoció	131
2. Obligacions que genera la relació de funció pública	133
a) Obligacions genèriques	133
b) Deures del càrrec o per raó del càrrec	133
3. Drets que sorgeixen de la relació de funció pública	134
a) Drets dels funcionaris (assistència i protecció)	135
b) Drets dels funcionaris respecte al càrrec que exerceixen.	136
c) Drets individuals de caràcter personal	137
4. Dret a l'exercici d'una activitat diferent de la realitzada. El discutit i discutible tema de les incompatibilitats	139
a) Situació anterior a la reforma de 1984	139
b) Necessària reforma del sistema d'incompatibilitats	141
c) El projecte de llei d'incompatibilitats dels grups de col·lició	143
d) El projecte de llei del grup SPD	144
e) Criteris doctrinals	144
f) Text de l'article 42 BRRG, segons la seva modificació de 6 de desembre de 1984	146
g) Disposicions transitòries	148
5. Problemàtica de la relació jurídica d'ocupació a temps parcial. La creixent desocupació com a causa de transformacions en el règim de funció pública	149
III. ¿Funció pública uniformement regulada o servei públic sotmès al règim de Dret privat	155
CAPÍTOL V: <i>La pretesa reforma de la funció pública en la RFA, tretze anys després</i>	
I. Informe de la Comissió d'estudis per a la reforma de la funció pública	161

1. La motivació com a element de la funció pública	163
2. Distribució de funcions administratives entre funcionaris, empleats i treballadors	164
3. Relacions de serveis previsibles	165
4. Relacions a temps parcial	167
5. Garanties de futura relació permanent	168
6. Acabament de la relació de servei	169
7. Unificació d'obligacions exigibles	169
8. Responsabilitat del personal	170
9. Llocs de treball o ocupacions accesorïes	170
10. Vies de protecció jurídica	171
11. Representació del personal	171
II. L'altra cara de la moneda. El Congrés de professors de Dret polític (Bonn, 1978)	171
III. Reforma administrativa. Legislació i desburocratització mitjançant lleis de millor execució	179
IV. Alts càrrecs de l'Administració per temps determinat. Llocs directius <i>auf Zeit</i>	181
V. Aspectes aïllats en els quals s'aprecien reformes puntuals de la funció pública	186
 CAPÍTOL VI: <i>Carrera i règim de personal. Economia i política de personal. Selecció, reclutament i perfeccionament</i>	
I. La funció pública des del punt de vista de l'administració de personal	191
II. Política de personal i carreres a la RFA	195
III. Sistemes de reclutament de personal. Relació amb les carreres.	199
IV. Condicions generals de formació periòdica i sistemes de perfeccionament en noves tècniques administratives	202
V. Perfeccionament de funcionaris de cossos superiors, institucions i programes impartits	205
1. <i>L'Hochschule für Verwaltungswissenschaften</i> d'Speyer. El seu objectiu: la funció pública dels Länder	205
2. La <i>Bundesakademie für öffentliche Verwaltung</i> . El seu objectiu: funcionaris del Bund	207



El present estudi és fruit d'una investigació realitzada sobre la Funció pública en el federalisme alemany a l'Escola Superior de Ciències de l'Administració d'Speyer (Hochschule für Verwaltungswissenschaften), encara que la seva elaboració es va dur a terme a l'Institut per a l'Administració Pública (Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung), el Consell del qual designà el Professor Dr. Dr. Detlef Merten com a Director.

Agraeixo sincerament l'ajut científic, consell i cordialitat del Professor Merten durant la meva estada a Speyer, i especialment la seva invitació, que em va plaure d'acceptar, per tal d'exposar el nostre Dret de la Funció pública estatal i autonòmica, com a ponència d'obertura del seu Seminari, també sobre la Funció pública, al qual vaig assistir durant el semestre d'hivern.

Agraeixo també al Rector de l'Escola, Professor Dr. Willi Blümel, i al Professor Dr. Carl Böhret, Director de l'Institut, haver-me atorgat la condició d'investigadora convidada, la possibilitat d'utilitzar els mitjans i la infraestructura de l'Institut, i, especialment, la invitació a pronunciar en una sessió del Colloqui d'Investigació la conferència sobre "Espanya com a Estat de les Comunitats autònomes", així com a publicar-ne el text.

El meu reconeixement a tots els membres del Departament de Dret Administratiu de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, especialment al Dr. Entrena Cuesta, que varen possibilitar la meva dedicació a aquest treball, i a Joan M.^a Ramírez i Cardús, Director General de la Funció Pública de la Generalitat de

Catalunya, que va suggerir la conveniència d'aquest estudi ja en les laborioses reunions que vàrem mantenir en el Grup de treball per a l'elaboració del Projecte de Llei de la Funció Pública de la Generalitat de Catalunya.

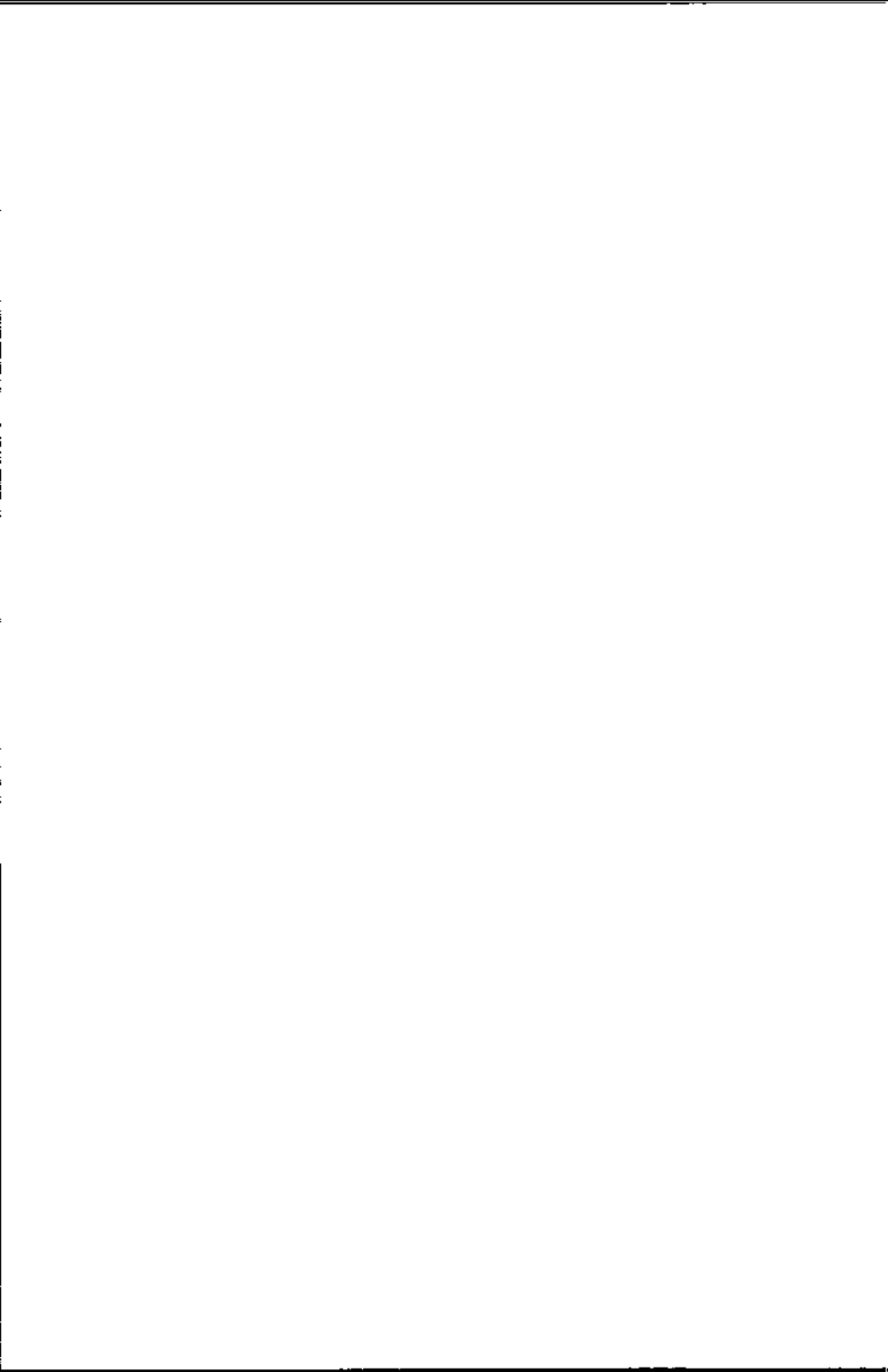
Voldria també expressar el meu agraïment als qui varen mecanografiar-ne el text, entre les meves presses i impaciència, i a Begonya Hernández i Ferrer que s'ha responsabilitzat de la versió catalana.

Per tal de poder realitzar aquest treball se'm va atorgar una beca d'investigació per l'Institut d'Estudis Autònoms de la Generalitat de Catalunya, pel Director del qual, Dr. Josep M.^a Vilaseca i Marcet, he rebut en tot moment ànims i efectiva assistència.

La publicació d'aquest estudi ha estat assumida per l'Escola d'Administració Pública de Catalunya, per la qual cosa manifesto el meu reconeixement al seu Director i amic Josep-Enric Rebés i Solé.

MARÍA-JESÚS MONTORO CHINER

INTRODUCCIÓ



El desenvolupament del Dret de la funció pública és conseqüència del desenvolupament de l'Administració dels temps moderns. Especialment pel que fa referència a la funció pública en el federalisme alemany, al qual se circumscriu la present anàlisi. La configuració jurídica de l'actual Dret de la funció pública procedeix històricament dels temps de Frederic I de Prússia (1713-1740). Les relacions jurídiques que s'establien entre amos i servidors abans de l'època esmentada venien regulades exclusivament per contractes de caràcter privat; posteriorment, es fonamenten en actes d'autoritat unilaterals, per als quals no era necessària la celebració de proves que demostrassin la capacitat dels servidors. El Dret territorial prussià (*Allgemeines Landrecht*, ALR) protegia el funcionari davant les separacions arbitràries del servei. El títol 10 segona part de la legislació esmentada, referent als "drets i obligacions dels servidors de l'Estat", marca profundament la transformació del servidor del monarca en servidor de l'Estat.

Posteriorment s'enfortí d'una manera patent la situació jurídica dels funcionaris, de manera que en la *Reichbeamtengesetz* de 31 de gener de 1873, i en les dels Länder, però especialment en la Constitució de Weimar (11 d'agost de 1919), es reconeixien els drets adquirits d'aquests (arts. 128-131 WRV).¹

1. Cal observar que el terme amb què es designa la funció pública (*öffentlicher Dienst*) emprà l'expressió *Dienst* (servei) i no *Beamtenum* (funcionariat), cosa que el fa més apte per englobar els tres tipus de servidors de l'Administració (funcionaris, empleats i treballadors), però que nosaltres traduïm per funció pública en sentit ampli, ja que si utilitzàvem l'expressió servei públic es podria confondre amb la nostra expressió referida a activitat administrativa de prestació.

El període NS va interrompre el desenvolupament fins llavors aconseguit; la Llei de Restauració de la Funció Pública de 7 d'abril de 1933 ordenà la separació dels funcionaris "deslleials" i la Llei de la Funció Pública de 26 de gener de 1937 expressava el desig de constituir un funcionariat absolutament vinculat al partit i en especial a la figura del seu dictador. La resolució del *Reichstag* de 26 d'abril de 1942 atorgà a aquell la possibilitat de "separar del càrrec i del rang respectiu qualsevol funcionari que deixés d'observar els preceptes" anteriorment esmentats.

Per aquest motiu, i per enllaçar la tradició administrativa del funcionariat, interrompuda i dissolta en el període nacional-socialista, l'article 33.5 de la *Grundgesetz* (en endavant GG) connecta l'"observància dels principis tradicionals del funcionariat" amb la, valgui la redundància, tradició de Weimar; el Dret de la funció pública es codifica novament en nombroses lleis que per part del Bund, i per part dels Länder —sota principis marc establerts—, conformen la regulació actual.

Paral·lelament i completament separat del Dret de la funció pública es desenvolupà en la meitat del segle XIX el Dret dels empleats i treballadors, les relacions jurídiques dels quals es configuren sota formes jurídicoprivades, i exerceixen principalment tasques que no impliquen actes d'autoritat. Va ser precisament en el període de Weimar quan es firmà el primer conveni salarial entre empleats i treballadors del sector públic. Aquesta diversificació de tasques es mantingué també en els temps del nacional-socialisme, i a qui les realitzava se'ls aplicava, evidentment, les normes sobre lleialtat amb el moviment polític imperant en el moment.

Cal subratllar que des del començament de la funció pública, però en especial després de la segona guerra mundial, la xifra de funcionaris ha augmentat espectacularment a la RFA. L'any 1913 formaven part del servei públic 730.000 persones. El 1920 pràcticament 1.000.000. I el 1983 solament a la RFA formaven part del servei públic quasi 5.000.000 de persones, entre funcionaris, empleats i treballadors. (Cal observar que les dades de 1913 i 1920 es referien a la totalitat del territori alemany, mentre que de les dades de 1983 s'ha d'excloure el de la DDR.)

La causa d'aquest fet no és altra que el desenvolupament de la societat industrial actual i la transformació de l'Estat social en *Wohlfahrtsstaat*, que es reuneix, en frase de Wagner, com "la llei

del creixement continu de l'activitat estatal". Malgrat tot, com més alta és la xifra de l'element humà en el sector públic, més difícil resulta cada vegada fonamentar un Dret específic que la reguli, especialment quan s'iguali, ja pràcticament, la xifra de funcionaris amb la d'empleats i treballadors.

Cada vegada es posa més i més de relleu la irracionalitat del règim de la funció pública i fins i tot la utilització d'expressions encunyades al llarg dels seus anys d'existència: "servei" en comptes de treball; expressions com "lleialtat" i "jurament" són cada vegada més problemàtiques. El procés de juridificació de les relacions especials de poder —reducte intacte de la conducta administrativa en aquest àmbit— ha acabat per fer cedir aquelles enfront dels drets fonamentals del funcionari-ciudadà. El funcionari no és un representant de l'Estat, però és un òrgan d'aquest. En termes de von Münch,² a qui es deuen la major part de les idees aquí esbossades, la funció pública està a punt de col·locar-se en una situació inconstitucional pels motius següents: la llibertat de decisió del funcionari es limita cada vegada més a través d'una legislació detallista, que disminueix la seva capacitat d'enjudiciament, i la tecnificació administrativa situa en comptes de les decisions personals innumbrables actes seriatos. En la crisi de la funció pública se situa la qüestió de l'*Amterpatronage*, que suposa la usual col·locació i promoció de funcionaris per motius partidistes des de punts de vista purament confessionals.

Es diu també que la funció pública està deteriorada pels grups de poder polític-socials als quals està sotmesa, la qual cosa s'oposa frontalment a l'article 3.3 i a l'article 33.2 i 3 de la GG, ja que implica una pràctica inconstitucional que amenaça l'exercici neutral dels càrrecs públics, símbol inalienable de l'Estat de Dret.

Intentarem trobar respostes a les incògnites i a les qüestions anteriorment expressades en el curs d'aquesta anàlisi, que pretén donar una visió de la funció pública a la RFA contemplada principalment en el seu acoblament de la seva estructura federal. És pot anticipar, no sense córrer el risc d'avançar conclusions en aquests moments, que la funció pública a la RFA es debat entre la seva tradició històrica de segles, profundament arrelada en la formació

2. I. VON MÜNCH, "Öffentlicher Dienst", dins GRUYTER LEHRBUCH, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7.^a ed., 1985, pàg. 14.

de l'Estat de Dret social, i entre el principi d'eficiència que correspon observar a l'Administració actual (*Leistungsverwaltung*), per a la qual alguns criteris, sistema, règim i aspectes de l'estructura funcionarial actual són veritablement inservibles.

Dominant-ho tot, com a fita màxima, com a límit, com a perspectiva, i com a obligació, hi ha el manament constitucional de legislar "amb observança dels principis tradicionals de la funció pública" (art. 33.5 GG) que, interpretat com a garantia institucional d'aquesta, roman en tensió davant qualsevol reforma constitucional.

S'ha d'advertir, davant una possible transposició de categories del sistema que s'estudia al nostre, que com més es diferencia l'ordre social i polític del Dret que s'analitza amb el Dret propi, menors són les solucions d'aquell que poden ser rebudes per aquest.

CAPÍTOL PRIMER

L'estatut de la funció pública, part integrant del Dret públic



I. CARÀCTER JURÍDICO-ADMINISTRATIU DE LA RELACIÓ DE FUNCIÓ PÚBLICA

El Dret que regula les relacions entre l'Administració i el personal al seu servei, contemplat aquest últim com a titular de l'òrgan administratiu i com a subjecte individual de drets, forma part del Dret públic. Pertany en bona part al Dret constitucional, i en bona part al Dret administratiu; comprèn tots els preceptes que regulen les relacions jurídiques dels funcionaris. El fonament, la creació, la modificació o l'extinció d'aquestes relacions es pot donar exclusivament sota les fórmules prescrites.

Que el Dret de la funció pública formi part de l'ordenament jurídic públic i no es pugui conceptuar tan sols com un sector del Dret administratiu, és tradició arrelada en la legislació de cada període constitucional i en les mateixes Constitucions.³

3. En la Constitució de Weimar es garantia el següent: el principi d'ocupació a perpetuïtat; el principi de carrera; la regulació dels drets d'assistència i pensió dels funcionaris; les vies de recurs per reclamar els drets corresponents; la reserva de llei per a totes les formes de separació de l'ocupació, per a l'excedència provisional i definitiva, i per al trasllat a un lloc de treball amb remuneració inferior; les vies de recurs davant les sancions per faltes de servei; el dret a examen i vista del corresponent full de servei i l'oportunitat de manifestar-se prèviament a la inscripció en el full de fets desfavorables (arts. 128 a 131). L'article 131 regulava la responsabilitat de l'Estat respecte als danys causats pels funcionaris en l'exercici dels seus càrrecs. Els drets subjectius reconeguts als funcionaris quedaven garantits constitucionalment com a drets adquirits, i la llei que els eliminés o simplement provoqués la seva disminució s'hauria de tenir per contrària a la Constitució; malgrat això, en el transcurs del període constitucional referit, sofriren els expressats drets adquirits manifestos retalls, especialment pel que fa a emoluments i drets

La Llei Fonamental de Bonn de 23 de maig de 1949 remarca en el seu article 33.4 (que no ha sofert cap alteració en la seva redacció original) la situació de submissió a normes de servei i lleialtat constituïdes conforme al Dret públic i que regulen la funció pública.

“L'exercici de funcions de sobirania serà confiat amb caràcter general a funcionaris sotmesos a una relació de servei i lleialtat constituïda conforme al Dret públic.”

Per la seva part, l'article 2.1 de la llei marc de la funció pública (*Beamtenrechtsrahmengesetz*), en la seva redacció de 3 de gener de 1977, qualifica la relació de funcionariat com una “relació de servei i lleialtat sotmesa al Dret públic”.

El mateix article 2.2 remarca la impossibilitat que l'exercici de funcions que afectin la seguretat de l'Estat o la vida pública pugui ésser executat per persones que es trobin en una relació de treball sotmesa al Dret privat.

És convenient que assenyallem en aquest moment les modificacions que ha sofert la *Beamtenrechtsrahmengesetz* (en endavant BRRG) en la seva redacció originària:

- Llei sobre modificació de les relacions jurídiques dels membres del Bundestag de 18 de febrer de 1977.
- Llei de modificació de la Llei de Reforma de l'estructura pressupostària de 22 de desembre de 1977.
- Vuitena llei de modificació de les normes de retribucions de funcionaris de 26 de juny de 1978.
- Setena llei sobre retribució i drets passius dels funcionaris del Bund i dels Länder de 20 de març de 1979.

passius. L'article 130.1 proclamava la neutralitat política per a tothom qui ocupés un càrrec públic. Els funcionaris havien de ser servidors de la comunitat i no d'un partit; per altra banda, l'article 130.2 garantia la llibertat d'opinió i de reunió, per la qual cosa el funcionari podia pertànyer a un partit polític hostil a l'Estat i confesar-se'n membre. En les seves activitats polítiques alienes al servei el funcionari havia de mantenir la reserva corresponent a la qual venia condicionat per les obligacions del seu càrrec i posició. Però la seva obligació i deure de lleialtat li impedia prendre part activa en qualsevol operació dirigida per un partit concret contra l'Estat. Curiosament, els funcionaris del Reich van ser obligats posteriorment al 1922, amb motiu de la modificació de la llei de funcionaris en vigor, a assumir en l'exercici dels seus càrrecs l'autoritat estatal republicana.

- Llei de modificació de les normes de la funció pública de 30 de juliol de 1979.
- Segona llei de modificació de les normes de la funció pública (per a la prestació de serveis en els Parlaments dels Länder) de 30 de juliol de 1979.
- Tercera llei de modificació de les normes de la funció pública de 10 de maig de 1980.
- Llei de responsabilitat de l'Estat (*Staatshaftungsgesetz*) de 26 de juny de 1981, declarada nul·la per decisió del Tribunal Constitucional federal el 19 d'octubre de 1982.
- Quarta llei de modificació de les normes de la funció pública de 12 de juliol de 1984.
- Tercera llei de modificació de la Llei Judicial alemanya de 25 de juliol de 1984.
- Cinquena llei de modificació de les normes de la funció pública de 25 de juliol de 1984.
- Sisena llei de modificació de les normes de la funció pública de 6 de desembre de 1984 (lleis d'incompatibilitats).
- Setena llei de modificació de les normes de la funció pública de 24 de maig de 1985.

Que el Dret de la funció pública forma part del Dret administratiu és obvi; per a la *Bundesbeamtengesetz* (en endavant BBG), també de gener de 1977, que regula l'estatut de la funció pública al servei del Bund i de les persones jurídicopúbliques que en depenen, resulta d'aplicació subsidiària la llei que regula el procediment administratiu,⁴ en tant que no s'oposi expressament al que regula aquella

4. S'ha d'advertir, pel joc de distribució de competències entre Bund i Länder, que les normes que regulen el procediment administratiu a la Federació (VwVfG) no resulten aplicables subsidiàriament als Länder en matèria de funció pública. El funcionari dels Länder no està sotmès a l'anterior llei federal, llevat de les excepcions que a continuació s'assenyalen:

— La VwVfG és subsidiària quan els òrgans del Land o els òrgans locals apliquen el dret federal segons la legislació pròpia, exclusiva o concurrent del Bund (en el cas de retribucions o havers passius), segons estableix l'article 1.3 VwVfG.

— No és subsidiària, per tant, quan és aplicat directament el Dret del Bund a través de la legislació marc, com passa amb el capítol II BRRG; ni quan la decisió sobre matèries de funció pública es regula per un precepte del Land de caràcter procedimental. Un exemple aclarirà el tema: per al trasllat de funcionaris del Bund d'un a un altre òrgan d'aquest, s'aplica subsidiàriament la VwVfG en el tràmit d'audiència, i en el seu cas per revocar el trasllat. Per al trasllat de fun-

lleï. Els principis generals del Dret administratiu resulten igualment aplicables, com també és aplicable la teoria general de l'acte administratiu, la de la revocació d'aquests actes, la de la discrecionalitat, i la dels conceptes jurídics indeterminats; aquestes dues últimes teories són de gran transcendència en l'àmbit d'aplicació de les lleis sobre la funció pública.

No és necessari tampoc insistir en el caràcter administratiu de què va revestida qualsevol decisió sobre funció pública, a la qual normalment s'apliquen prolixos procediments que donen origen a categories i situacions absolutament reglades. Cal, però, en aquests moments, tornar al concepte d'"exercici de funcions de sobirania" que recull l'article 33.4 GG i que ens determinarà definitivament la submissió al Dret públic de la relació que s'institueix; d'això se'n deduirà la conseqüència directa entre l'exercici de funcions sotmeses al Dret administratiu i la submissió al Dret administratiu de la relació de qui serveixi aquestes funcions.

II. L'EXERCICI DE FUNCIONS DE SOBIRANIA, ELEMENT DETERMINANT DE LA RELACIÓ JURÍDICO-PÚBLICA

L'article 33.4 GG, inserit en el capítol dedicat a la Federació i als seus Estats membres, determina que l'exercici de "funcions de sobirania" serà confiat per regla general a funcionaris, les relacions de servei i lleialtat dels quals es veuran regulades per les normes del Dret públic. Aquesta determinació no exclou que les funcions administratives de distinta qualificació no puguin ésser acomplertes per funcionaris; el manament constitucional no és excoient, tan sols es refereix al fet que quan es tracti d'aquesta mena de funcions, els seus titulars hauran de ser funcionaris. L'exercici d'aquestes funcions s'erigeix, doncs, com l'expressió límit que marca la divisió del personal al servei de l'Administració (cal recordar la distinció típica entre funcionaris, empleats i treballadors); per la qual cosa es fa necessari de manera imminent precisar què significa en l'ordenament que analitzem l'expressió "funcions de sobirania", perquè els qui realitzin aquestes funcions se sotmetin a un estatut que ma-

cionaris del Land, entre òrgans d'aquest, no resulta aplicable segons l'article 123 BRRG; excepció d'excepcions: tampoc no resulta aplicable a Nordrhein-Westfalen, on s'aplica subsidiàriament la seva pròpia llei de procediment.

tisa o fins i tot disminueix l'exercici dels seus drets fonamentals. És cert, tanmateix, que el procés legislatiu ha derivat en un estatut funcional⁵ cada vegada més pròxim a l'estatut dels empleats, sense que això ho hagi pogut impedir de manera decisiva el contingut de l'article 33.5 GG, que és del tenor següent:

“L'estatut legal del servei públic es determinarà tenint en compte els principis tradicionals de la funció pública.”

Ples motius exposats anteriorment, no renunciem a donar una visió, encara que sigui superficial, del que tradicionalment i en la moderna doctrina s'entén per “funcions de sobirania”, en el context de l'article 33.4 GG, per tal de delimitar-lo de la resta de les funcions administratives que no impliquen exercici d'aquesta autoritat.

S'ha de començar assenyalant que no és possible ocupar-se d'una casuística que enumeri, del total de funcions administratives, les que impliquen un o altre exercici. A falta d'això, unes vegades s'ha intentat abastar sectors complets d'activitat, com és el cas de la funció d'intervenció en les activitats dels particulars, i d'altres vegades formes d'activitat que no necessàriament s'han cenyit a l'activitat administrativa tradicionalment sotmesa al Dret públic, sinó que inclouen també formes sotmeses al Dret privat.

Existeixen, i això no es qüestiona, uns nuclis de seguretat i unes zones de fricció; la major o menor distància en què cadascuna de les funcions es trobi respecte d'aquells, significarà el major o menor grau de sobirania que, segons pretenem analitzar, revesteix cada funció.

1. Nuclis de seguretat

1. És indubtable, dins dels àmbits de seguretat del concepte que estudiem, el caràcter de sobirania de totes aquelles funcions administratives que impliquen activitat d'intervenció i exercici d'autoritat sobre els particulars mitjançant l'ús de la coacció; destaca, evidentment, la funció de policia administrativa sota qualsevol de les formes en què aquesta es manifesti, bé sigui a través de les autoritats governatives (*Ordnungsbehörde*), bé sigui a través dels òrgans d'inspecció (*Aufsichtsbehörde*).

5. G. PÜTTNER, *Verwaltungslehre*, C. H. Beck., 1982, pág. 187.

2. També és inqüestionable que tota l'activitat fiscal de l'Administració és aliena a l'àmbit de les funcions de sobirania pròpiament dita, i per tant de les funcions expressades en l'article 33.4 GG.

3. Finalment, queda també fora de dubte que les activitats mecàniques, les funcions de caràcter subordinat i les pròpies funcions d'administració no impliquen exercici de funcions d'autoritat.

2. Zones de fricció

A les zones de fricció pertanyen les funcions que a continuació descriurem; alhora assenyalarem les circumstàncies que donen suport o que poden evitar l'exercici de funcions d'autoritat.

S'ha discutit molt sobre quin àmbit l'Administració garantidora i prestacional exerceix les seves funcions amb submissió al Dret públic, sense utilitzar la coacció sobre els particulars. Aquest camp abraça la major part de l'activitat administrativa actual, però la terminologia usada per referir-s'hi resulta confusa, ja que a vegades es parla d'Administració que exerceix funcions que no impliquen sobirania, i a vegades funcions que no impliquen autoritat.⁶

a) Una interpretació extensiva de la reserva de funcions (*Funktionsvorbehalt*) per qualificar les funcions de sobirania és representada, segons Benndorf,⁷ per aquella que les considera com "tot l'àmbit dels serveis de caràcter permanent que pretenen assegurar l'existència dels ciutadans, inclosos els que comprenen l'Administració prestacional".

Malgrat tot, aquesta posició⁸ va massa lluny i no s'hi poden incloure serveis que assegurin el benestar i l'existència dels ciutadans, alguns dels quals són prestats per empreses públiques que mouen una gran quantitat de funcionaris, però altres són prestats per empreses privades (l'àmbit de les empreses privades de subministrament d'energia, d'assistència social privada).

6. WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, 9.^a ed., 1974, pàg. 111; ISENSEE, *Beamtentstreich*, 1971, pàg. 86.

7. BENNDORF, *Bestimmung der "hoheitsrechtlichen Befugnisse"*, DVBl, 1981, pàg. 25; C. H. ULE, *Die Bedeutung des Beamtenversorgungsrechts für die Erhaltung des Berufsbeamtentum*, C. H. Köln, 1973.

8. HAMMAN-LENZ, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1970, 3.^a ed., art. 33.4.

b) Cap a una concepció dinàmica de la reserva de funció ens mena la posició que inclou dintre de l'expressió "funcions de sobirania" no sols l'Administració de sobirania, sinó també l'Administració prestacional i tota aquella que actua sotmesa al Dret públic.⁹ L'aspecte dinàmic d'aquesta posició ve determinat pel fet que l'Administració interventora que assumeix pràcticament la totalitat de l'activitat administrativa ha de limitar-se precisament en funció de la realitat constitucional canviant, davant la impossibilitat de dotar el concepte d'un contingut estàtic que el desfiguraria amb el temps. Obstacles de caràcter constitucional sorgeixen, malgrat tot, davant d'aquesta interpretació, encara que ja la *Grundgesetz* va tenir en compte el que implicava l'admissió d'una Administració prestacional, referència evidentment dinàmica i concorde amb l'extensió progressiva del mateix concepte del benestar social.

La referència a les "funcions de sobirania" en l'article 33.4 GG no va ser feta exclusivament per limitar el nombre de funcionaris. I, per altra banda, la interpretació dinàmica, conforme a la realitat constitucional, podria resultar il·lícita.¹⁰

També resulta discutible la posició que l'Administració prestacional actual disposi de poder per elegir entre les formes jurídicopúbliques i les jurídicoprivades, cosa que determinaria al seu torn l'elecció entre el reclutament de funcionaris o el d'empleats. Segons aquesta tesi, la reserva de funció cediria davant l'elecció d'una o altra forma jurídica, i això no és correcte ja que la funció de sobirania no s'ha de fer dependre, de cap manera, de la llibertat en l'elecció de les formes.¹¹ No es pot mantenir com a conclusió que la reserva de funció depengui de l'actuació de l'Administració prestacional, en tant que aquesta actuï conforme al Dret públic.

c) La limitació de la reserva de funció de sobirania a l'àmbit de l'Administració d'intervenció (*Eingriffsverwaltung*) ha estat el criteri de nombrosos autors.¹² Amb argumentacions paral·leles es posa

9. MAUNZ, dins MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Kommentar zum Grundgesetz*, pàg. 1958 i ss.

10. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 14.^a ed., C. F. Müller, 1984, pàg. 20.

11. ISENSEE, op. cit., pàg. 87.

12. WOLFF-BACHOF, op. cit., pàg. 111; JUNG, *Die Zweispürigkeit des öffentlichen Dienstes*, 1970; THIEME, *Der Aufgabenbereich der Angestellten im öffentlichen Dienst*, 1962.

de manifest la importància que l'actuació administrativa se sotmeti a la llei. Per a la consecució d'una activitat administrativa en la qual s'asseguri el principi de legalitat cal que aquesta es confi als qui per la seva formació i coneixements resultin més idonis. La resta d'activitats administratives poden bonament ser realitzades per empleats.

Es critica a aquesta postura l'oblit a què relega determinats sectors de l'Administració prestacional (*Leistungsverwaltung*), on el particular pot trobar-se respecte de l'Administració quasi en la mateixa situació —en el supòsit d'una lesió dels seus drets— en què es podria trobar per una actuació d'immissió. L'Administració prestacional dicta actes i preceptes administratius que s'han d'acomodar a la legalitat, d'on resulta força injustificat establir una major o menor intensificació del principi de legalitat com a criteri per determinar l'àmbit de les funcions de sobirania; aquesta circumstància, que tant Jung com Thieme reconeixen, obliga a significar que quan en l'Administració prestacional el rigor de la funció implica exercici de poder anàleg al de l'Administració d'intervenció, es necessita en el sector d'aquella del personal que es necessita en aquesta.

d) La posició diferenciada d'Ule,¹³ que no restringeix les funcions de sobirania a l'exercici de la intervenció administrativa, es fonamenta principalment en l'article 148.1 de la *Deutsche Beamten-gesetz* (en endavant DBG) en la seva redacció de 30 de juny de 1950, avui derogada per la BBG de 3 de gener de 1977, llevat que en aquesta llei es disposi sobre la validesa d'algun precepte d'aquella. Segons aquest autor, "funcions de sobirania" s'exerceixen únicament quan l'Estat s'enfronta amb els particulars amb poders d'autoritat-sobirania, cosa que succeeix en quasi tota l'activitat d'intervenció, però també, en certs casos, en l'activitat de prestació. D'aquesta manera elimina Ule de l'àmbit de la reserva de funció totes les activitats de les quals no pot parlar-se d'autoritat, sense desconèixer, però, que es puguí donar en l'àmbit de l'Administració prestacional. Sense descendir al detall de quines competències impliquen o no exercici de sobirania, manté Ule que aquestes són exer-

13. C. H. ULE, *Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts*, Nomos, 1973, pàg. 441.

cides pel personal a qui correspon actuar en l'àmbit on l'Administració es dirigeix al particular revestida de poder.

3. *Les funcions de sobirania segons la interpretació de l'article 33.4 GG*

a) La interpretació sistemàtica del precepte esmentat ens obliga a contemplar també l'article 33.5 de la Norma Fonamental, del qual resulta que l'estatut del servei públic (en el seu sentit de funció pública) tindrà en compte els principis tradicionals del règim dels funcionaris (sense esmentar empleats ni treballadors); d'aquesta manera, doncs, no cal donar a l'article 33.4 GG una interpretació extensiva que compregui tots els sectors de l'activitat administrativa, on poguessin intervenir tant empleats com treballadors. Cal fer esment de quina manera el funcionariat haurà d'instituir-se sota principis especials quan s'enfronti amb determinats serveis.¹⁴

b) Des d'una interpretació gramatical, es pot afirmar que l'expressió *hoheitsrechtlich*, en el llenguatge jurídic, no gaudeix d'una acceptació pacífica. És podria dir que qualsevol funció de sobirania és aquella en què l'Estat es manifesta com a titular de sobirania. Malgrat tot, aquesta interpretació exclouria completament tota l'activitat estatal prestacional, encara que en aquest tipus d'activitat es poden observar, a vegades, les funcions esmentades.

c) Des d'una interpretació històrica, es pot observar que en el procés de formació del text constitucional no es va tenir en compte el concepte de "funcions de sobirania" per estendre l'àmbit de la funció pública, sinó, contràriament, per limitar-lo.¹⁵ Precisament, una observació formulada a la proposta de la Comissió de Redacció advertia literalment que "l'exercici del poder públic va molt més enllà de l'exercici de competències de sobirania"; funcions de sobirania en sentit estricte s'exerceixen quan l'Estat actua com a auto-

14. MAUNZ, dins MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, art. 33, Rdn 48; B Ver GE 16, 94, 110); THIEME, op. cit., pàg. 24.

15. Intervencions dels diputats LAFORÉ i VON MANGOLDT a *JÖr.*, NR, vol. I, pàgs. 316 i 320.

ritat";¹⁶ d'aquí tampoc no es deriva una extensió d'aquestes funcions a l'Administració prestacional.

d) Una interpretació finalista elimina per complet tota extensió de la reserva de funció a l'Administració prestacional. La vinculació que la *Grundgesetz* estableix per als funcionaris, subjectes als principis de lleialtat, troba la seva justificació quan aquesta llei es refereix a funcions concretes dins de cadascun dels sectors d'actuació administrativa, la qual cosa resulta específicament aplicable a l'activitat administrativa d'intervenció, alhora que és imprescindible que aquell qui l'exerceixi estigui revestit de condicions especials de formació i qualificació.¹⁷

Tot el que hem esmentat anteriorment és perfectament vàlid també per a actuacions que impliquin sobirania dins de l'Administració prestacional, sector en què aquestes actuacions garanteixen el nivell existencial del ciutadà, com ara són la seguretat social o el mateix règim de pensions.

Es pot afirmar que, analitzant des d'un punt de vista teleològic l'article 33.4 GG, hi ha reserva de funció on s'exerceix activitat concreta de sobirania.

Acabem dient, doncs, seguint Benndorf, l'exposició del qual en síntesi assumim,¹⁸ que la reserva de funció afecta cada servidor de l'Administració que, efectivament, regularment i d'una manera permanent, exercix funcions d'autoritat o coopera de manera immediata en decisions administratives que impliquin autoritat. Una activitat com la descrita exercida tan sols de manera transitòria no queda inclosa en la reserva de funció, de la mateixa manera que queden excloses les activitats que impliquen solament ajuda tècnica. Una limitació en bloc de l'activitat administrativa d'intervenció, o una exclusió en bloc de l'activitat administrativa de prestació no es dedueix de l'article 33.4 GG. D'aquest article tampoc no es dedueix una aplicació indiscriminada de la reserva de funció a l'àmbit de l'Administració prestacional.¹⁹

16. *JÖr Nr*, vol. I, pàg. 323.

17. C. H. ULE, op. cit., pàg. 459.

18. BENNDORF, op. cit., pàg. 28.

19. W. LEISNER, "Der Beamte als Leistungsträger" (art. 33.4 GG), dins *Das Berufsbeamtentum in demokratischen Staat*, D.u.H., 1975, pàg. 121.

III. DIMENSÍO CONSTITUCIONAL DE LA RELACIÓ DE FUNCIÓ PÚBLICA

L'aspecte constitucional de la relació de funció pública es conforma a través de l'estudi de la garantia institucional d'aquesta funció, dels principis tradicionals del funcionariat i dels drets fonamentals dels funcionaris.

Aquesta triple dimensió engloba el contingut constitucional de què parlàvem al principi d'aquest capítol, quan hem posat en relleu que les normes que regeixen l'estatut del funcionariat formen part tant del Dret administratiu com del Dret constitucional, és a dir, de l'ordenament jurídic-públic.

L'interès per mantenir aquesta estructura es basa en el fet que, per a un estudi profund de la temàtica de la funció pública des de l'aspecte que ens proposem —relació Federació-Estat de manera dinàmica—, no podem abandonar la visió constitucional del tema, ja que l'aspecte sociològic de la funció pública, les persones que la componen, el règim dels seus drets i obligacions, i l'estructura organitzativa pròpia d'un país federal en la tensió legislació - execució de competències, fa necessari situar-se en aquest punt de partida per oferir una perspectiva sincronitzada.

1. La garantia institucional de la funció pública

a) L'article 33 GG *garanteix* de manera absoluta i determinant que en el *servei de l'Administració* hi ha d'haver, com a mínim, *funcionaris*. Els paràgrafs del precepte que es refereixen a aquest tema descobreixen clarament que està garantida, prenent a ells com a base, l'existència d'una institució de Dret públic.

L'àmbit i l'extensió de l'esmentada garantia es dedueix de l'esmentat precepte; els límits d'aquesta garantia s'han de deduir, però, de la funció que la *Grundgesetz* encomana a la institució del funcionariat. De l'examen del contingut dels articles 33.2, 33.3, 33.4 i 33.5 GG resultarà el següent:

L'article 33.2 GG determina que tots els alemanys gaudeixen d'accés en condicions d'igualtat a qualsevol càrrec públic segons la seva aptitud, la seva capacitat i la seva especialització professional; segons l'article 33.3 GG resulta que l'admissió als càrrecs públics és independent de la confessió religiosa —cosa que ja era dret fona-

mental per a tots els ciutadans segons l'article 3.3 GG—; segons l'article 33.4 GG, es desprèn que l'exercici de competències que impliquen actes d'autoritat i sobirania s'haurà d'encarregar, generalment, a funcionaris del sector públic que es trobin en una relació jurídic-pública de servei i lleialtat —la qual cosa creiem que ja hem analitzat d'una manera seriosa anteriorment—.

En l'article 33.5 GG es contempla el que la *Grundgesetz* i la tradició jurídic-teòrica administrativa alemanya qualificaven d'institució del funcionariat, "que assegura una Administració estable, i exterioritza un factor d'equilibri respecte a les forces polítiques que conformen la vida estatal, amb fonament en l'experiència, especialització i compliment lleial de les obligacions respectives", segons definició del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 7, 155, 162). Aquesta funció només es pot realitzar quan la institució no està tan sols assegurada jurídicament, sinó també econòmicament (B Verf GE 11, 203, 216).

El legislador ha d'assegurar, segons l'article 33.5 GG, l'estabilitat institucional del funcionariat, encara que dins de la referida estabilitat no entrin els drets adquirits dels funcionaris, que, com ja assenyalem, sí que quedaven dins de la protecció de la Constitució de Weimar (WRV, art. 129). El legislador ha d'assegurar la institució del funcionariat, en tant que forma part de la vida actual de l'Estat, segons es desprèn històricament de l'elaboració de la Llei Fonamental de Bonn, "per custodiar la legalitat de l'Administració", de manera que "el seu personal hauria de ser", teòricament, "independent".

En diverses ocasions s'ha posat de relleu la garantia institucional del funcionariat, sobretot amb motiu dels estudis que realitzà la Comissió d'Experts encarregada d'analitzar la possible reforma constitucional de la funció pública. Entre els experts figurava el professor Ule, que posà de manifest la inalterabilitat de l'article 33.4 GG i de l'article 33.5 GG i la il·licitud de la reforma constitucional en aquesta matèria, ja que l'article 79.3 GG marca com a límit de qualsevol reforma constitucional "el fet que pugui alterar-se l'ordre constitucional vigent en la seva substància i els seus fonaments".²⁰

20. C. H. ULE, op. cit., pàg. 447.

Comparant la redacció anterior ("per custodiar la legalitat de l'Administració") amb el text definitiu de la *Grundgesetz*, advertim que al legislador se li ha atorgat un gran àmbit d'actuació per disposar i adaptar la funció pública a cada nova exigència; els "principis tradicionals de funcionariat" s'hauran de tenir en compte per a l'elaboració de qualsevol norma en matèria de funció pública, però no hauran de ser observats en totes les circumstàncies. El Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 3, 58, 137) ha marcat la diferència entre els "principis tradicionals" "a considerar" i els "principis tradicionals" "a observar". Molt sovint, però, la doctrina assenyala que aquesta diferència no resulta expressament deduïble de la Llei Fonamental,²¹ cosa que ha provocat, consegüentment, un rang ordinal dels "principis" esmentats, creat exclusivament sobre la base de les tesis mantingudes pel Tribunal Constitucional federal.

b) El funcionariat en el Bund, Länder i Gemeinden (Federació, Estats membres i municipis) forma una unitat. El principi d'unitat queda consagrat en els articles 33. 74.a i 75.1 de la *Grundgesetz* i el concreten una pluralitat de disposicions legals; però malgrat la reconeguda unitat del servei públic, i en contra de les confessions expresses pel que fa a la mobilitat dels funcionaris, l'Administració i els representants del personal practiquen a vegades una política que pot ser, a la llarga, constitutiva de lesió de la pretesa mobilitat professional, la qual cosa pot implicar una autèntica discriminació per als funcionaris.

La BRRG s'intitula ella mateixa llei "per a la unificació del Dret de la funció pública", i els Länder estan obligats a regular la seva funció pública corresponent tenint en compte i en consideració els "principis tradicionals del funcionariat" i els interessos generals del Bund i dels Länder (cap. I BRRG); el capítol II BRRG conté preceptes que són aplicats, uniformement i de manera immediata, també pels Länder (art. 121 i següents); l'article 127.2 BRRG estableix una forma de revisió de sentències dels Tribunals Administratius Superiors, a l'efecte d'assegurar una

21. WIESE, "Beamtenrecht", Heynemann-Köln, 1978, pàg. 2; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, op. cit., art. 33, Rdn. 58. Els "principis tradicionals del funcionariat" es classifiquen, doncs, en "principis a considerar" (*berücksichtigen*) i "principis a observar" (*beachten*).

interpretació uniforme del Dret de la funció pública dels Länder (B Verf GE 10, 285; 13, 303; 34, 252, 253). Igualment, la *Bundesdisziplinarordnung* (reglament federal disciplinari) contempla uní-tàriament el Dret disciplinari de la funció pública.

c) La relació jurídica dels funcionaris, segons la concepció del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 44, 294, 264), té uns trets característics, que de manera detallada atorga *drets* a ambdues parts.

Per als funcionaris significa l'observància i l'obligació de lleial-tat política davant l'Estat i la Constitució, a la vegada que repre-senta l'obligació de disposar els seus esforços en el transcurs de la seva carrera en benefici de l'Administració que serveixen (*Dienstherr*); per a l'Administració significa l'obligació de mantenir els funcionaris, i a qui d'ells depenen, segons el càrrec que exerceixen, i d'atorgar-los la seva assistència i protecció. Les obli-gacions recíproques es diferencien entre elles segons els graus de prestacions i contraprestacions que recullen; aquestes descendeixen, especialment en quantitat i en qualitat, quan es tracta de les rela-cions que s'estableixen entre treballadors i empleats de l'Admi-nistració.

La característica de la relació de funcionariat com una *relació jurídica recíproca i correlativa* no planteja gaires problemes, i en descriu més clarament el contingut que quan s'apella a relacions de superioritat o de submissió i jerarquia.

La relació sorgida és, evidentment, una *relació jurídico-pú-blica*, segons la qual l'Administració corresponent exerceix auto-ritat sobre el funcionari que hi està sotmès, i exteriorment el seu contingut es manifesta a través d'actes administratius, tot i que l'adopció de la major part d'aquests derivi de la llei, tant per a l'Administració com per als funcionaris.

Cal tenir en compte, en contemplar la relació existent, que els drets fonamentals dels funcionaris gaudeixen d'un caràcter privilegiat davant els interessos que l'Administració pugui pre-tendre, per la qual cosa els actes administratius derivats de la re-lació necessitaran normalment una sollicitud prèvia o un consenti-ment posterior del funcionari, sense que pugui ser vàlida, a més a més, la disposició dirigida a alterar la relació funcional en la qual no hagin estat complides totes les prescripcions legalment

establertes. No existeixen, però, disposicions que fonamentin ni l'inici ni el final de l'autonomia d'ambdues parts: ningú no pot, contra la seva voluntat o sense haver-la expressat, ser funcionari, i solament el funcionari pot acabar la seva relació amb l'Administració sense que es donin les circumstàncies per fer-ho.

Els funcionaris gaudeixen de *protecció jurídica* absoluta contra qualsevol mesura de l'Administració que els afecti, i estan legitimats per acudir davant el Tribunal Constitucional per la via del recurs d'empara, en el cas que el legislador ometi regular qualsevol dels seus drets garantits en l'article 33.5 GG, tal com succeí en el cas que donà origen a la sentència B Verf GE 8, 1, 17, en la qual es reconegué el dret al sou adequat per a un manteniment digne.

L'*obediència i la lleialtat a les lleis* i a les instruccions dels superiors no s'han d'entendre, malgrat tot, com un resultat exclusiu d'una relació de subordinació (B Verf GE 9, 268, 286). L'obligació de lleialtat tradicionalment institucionalitzada i el deure d'obediència no exclouen la rèplica qualificada, ni poden entendre's sense recórrer al principi superior de voluntarietat.

El dret de *participació* en les disposicions legals es reconeix, segons l'article 58 BRRG, per a les lleis promulgades pels Länder, a través de les associacions superiors representatives dels funcionaris; el mateix disposa la llei federal per a la representació del personal (*Bundespersonalvertretungsgesetz*) en la seva redacció de 15 de març de 1974, per a les lleis tant del Bund com dels Länder que afectin la representació del personal de l'Administració (article 2).

2. Els principis tradicionals de la funció pública

L'article 33.5 GG assenyala exactament que "*das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln*". S'ha de legislar conforme a aquests principis.

L'al·lusió a l'expressió "servei públic" com a àmbit personal al qual s'han d'aplicar els "principis tradicionals del funcionariat", no s'ha vist aliena a la discussió doctrinal que es pregunta el perquè d'aquesta expressió i el seu abast. Thieme i Wacke assenyalen que l'expressió "*öffentlicher Dienst*" utilitzada per l'article 33.5 GG

engloba qualsevol servidor de persones jurídiques de Dret públic, exceptuant l'Església; en conseqüència, empleats i treballadors quedarien sotmesos als dictats d'aquest precepte.²² Malgrat tot, aquesta posició no resulta pacífica.

Els "principis tradicionals del funcionariat", en gaudir de caràcter constitucional, obliguen el legislador a regular el Dret de la funció pública adaptant-lo a les circumstàncies canviants de cada moment; però li impedeixen, al seu torn, dictar normes que contravinguin els esmentats principis. Per altra banda, l'article 33.5 GG origina drets individuals de caràcter fonamental que els funcionaris fan valer davant el Tribunal Constitucional, i actua, a més a més, com a norma habilitant per al legislador especialment davant la limitació dels esmentats drets fonamentals d'aquells.

L'article 33.5 GG pretén —així s'ha anat interpretant d'una manera continuada— instituir una funció pública en interès de la collectivitat i protegir aquest nucli estructural format amb el temps, com a mínim, des de la Constitució de Weimar. Aquest precepte fonamenta la garantia institucional del funcionariat no com a únic precepte programàtic, ni com a advertència per a programes legislatius futurs, sinó com a Dret vigent immediatament aplicable. Conté i atorga al legislador un àmbit de discrecionalitat força considerable que li permet adaptar en cada moment la funció a la institució —aquesta discrecionalitat no implica, evidentment, absoluta llibertat en la regulació—. ²³

Hem de fer notar que segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional federal existeix una jerarquia de principis tradicionals entre els quals s'han de destacar, perquè així han de ser observats pel legislador, la garantia del manteniment adequat, l'obligació d'assistència al funcionari i, sobretot, el principi del deure de lleialtat política del funcionari envers l'Estat i la *Grundgesetz* (B Verf GE 8, 1; 44, 249, 265; 43, 154, 165; 39, 334).

22. W. THIEME, *Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Göttingen, 1962; G. WACKE, *Grundlagen des öffentlichen Dienstrechtes*, Tübingen, 1957.

23. WIESE, op. cit., pàg. 6, adverteix que l'article 1.2 BBRG demostra que l'article 33.5 GG no conté solament una prescripció programàtica sense vinculació jurídica, sinó que estableix clarament una ordre també per als legisladors dels Länder.

A propòsit de les garanties de manteniment adequat i de la corresponent assistència, s'ha de fer notar que a aquestes no els és aplicable en principi la protecció i garantia del dret de propietat, segons l'article 14 GG, ja que queden constitucionalment protegides pel precepte que regula expressament la funció pública, tal és l'article 33.5 GG, que pel que fa als drets patrimonials dels funcionaris gaudeix del caràcter de *lex specialis* davant l'article 14 GG, que consagra genèricament la garantia del dret de propietat.

A continuació passem a analitzar cadascun dels principis "tradicionals de la funció pública".

a) La reserva de funció

Ja hem exposat els trets fonamentals d'aquesta reserva que exigeix que les funcions que impliquin sobirania siguin realitzades, generalment, per funcionaris públics. Això no obstant, existeixen decisions del Tribunal Constitucional federal que, amb caràcter vacil·lant, han determinat quines funcions podrien ser encomanades a empleats i treballadors amb caràcter d'excepció, ja que una assignació generalitzada d'aquelles a aquests podria resultar incompatible amb la Llei Fonamental (B Verf GE 9, 269, 284). En altres decisions més recents, el Tribunal ha arribat a afirmar que, excepcionalment, la *Grundgesetz* permet que es confiïn competències d'autoritat i sobirania a empleats, si bé en aquest cas les obligacions que es deriven de la naturalesa del servei i de les relacions de lleialtat, que influeixen essencialment en les prestacions de les Administracions públiques, seran aplicables també a aquest tipus de personal (B Verf GE 28, 191, 198). Amb això, el Tribunal Constitucional ha igualat lliurement i planament *de lege lata* i no *de lege ferenda* els deures de funcionaris i empleats, sense posar objeccions a la condició objectiva de les diverses funcions d'aquests, i a pesar de l'excepció de l'article 33.4 GG.

b) La relació funcional com una relació de servei i lleialtat sotmesa al Dret públic

El present principi destaca sobretot els drets de fidelitat i obediència, reconeguts per la legislació del Bund i dels respectius Länder (art. 35 BRRG, art. 52 BBG) (B Verf GE 9, 268, 286).

Solament els funcionaris es troben en l'esmentada relació de Dret públic; malgrat la seva aproximació estatutària amb aquells, empleats i treballadors es troben en relació sotmesa al Dret laboral, fins i tot en l'exercici de competències de sobirania.

c) La relació de funcionariat com una relació de servei en règim permanent

En efecte, la relació del funcionari amb l'Administració ve caracteritzada pel principi de dedicació permanent al servei, la qual cosa l'Administració assegura tant jurídicament com econòmicament. Aquest deure específic podria ell sol convertir en il·lícita una hipotètica vaga de funcionaris; i, per altra banda, exigeix l'acompliment del càrrec aliè a la pertinença a qualsevol partit (B Verf GE 44, 249, 264 i 9, 268, 286).²⁴

d) El deure de lleialtat

Com a servidor de l'Estat, el funcionari assumeix la seva tasca no únicament com un subjecte obedient; obligat a l'Estat segons un principi d'arrelada tradició, ha de mantenir un comportament digne, que a vegades roman en tensió amb el dret de rèplica i la il·licitud de les vagues de funcionaris (B Verf GE 28, 191, 200 i 37, 265, 268). Cal destacar en aquest camp el deure de reserva a observar durant la relació de servei i una vegada finalitzada. També pel que fa al deure de lleialtat sorgeix el d'intervenir en qualsevol moment a favor de l'Estat i del seu ordre constitucional; a favor, també, dels interessos de la comunitat, i, naturalment, a favor de l'Administració a la qual serveix. Per consegüent, és exigible el deure de lleialtat a la Constitució (*Verfassungstreue*) des de l'ingrés a la funció pública, durant la seva pertinença, i fins i tot en les situacions d'excedència i jubilació. El principi tradicional de lleialtat, exigible tant als funcionaris com als jutges, prové de l'acceptació i la defensa de l'ordre constitucional, i pot justificar-se també en l'article 3.3 GG i també en els articles 33.4 i 33.5 de la Norma Fonamental (B Verf GE 39, 334, 346 i 375).²⁵

24. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, article 3, III, Rdn. 8-14.

25. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, article 3, III, Rdn. 8-14.

e) El deure d'assistència de l'Administració
com un principi de la funció pública

De la relació recíproca de fidelitat sorgeix el deure d'assistència de l'Administració cap als seus funcionaris, qualificat pel Tribunal Constitucional com un dels principis "a observar" sempre i quan el legislador promulgui normes sobre aquesta matèria. El deure d'assistència obliga l'Administració a protegir el funcionari de situacions injustes i greus, a promocionar la seva aptitud i especialitat, i a tenir en compte en qualsevol decisió els seus interessos econòmics.

f) El principi d'assistència social i de remuneració adequada

De la relació de lleialtat sorgeix el deure de dotar el lloc de treball amb la remuneració adequada per al funcionari i per al qui d'aquest depengui. La significació i responsabilitat d'aquest principi s'ha d'entendre en el sentit que el funcionari ha d'atendre les seves necessitats tan sols a través del seu treball a l'Administració, sense desenvolupar cap altra activitat que impedeixi la seva total dedicació, la qual cosa, inversament, garanteix a l'Administració una funció pública estable (B Verf GE 44, 249, 265).

g) El principi de carrera

La relació de funció pública es planteja com una relació jurídica permanent i per a tota la vida. La normativa que regula el funcionariat va directament adreçada a dirigir la relació del funcionari de carrera. A aquest *status* es refereixen les garanties de l'article 33.5 GG (B Verf GE 44, 249, 262), ja que el servei públic és ofici per a tota la vida i la situació d'ocupació dels funcionaris s'ha entès sempre amb un caràcter permanent ja des de la tradició de Weimar (art. 129.1.1 WRV).

Es podria pensar que el present principi resulta contradictori amb la fixació d'una edat determinada de jubilació, i fins i tot amb l'establiment de circumstàncies, com la incapacitat, que impossibiliten la continuïtat de la relació. La interpretació correcta d'aquest serà la que, contra la voluntat del funcionari, solament es pot interrompre la relació segons el procediment legalment establert.

Del principi de carrera es dedueix que la dedicació del funcionari serà necessàriament la seva dedicació laboral principal, sobretot l'activitat laboral més important. D'aquesta manera, tota activitat secundària no és en principi il·lícita, mentre no pertorbi l'exercici de l'activitat principal. Conseqüència directa de tot el que hem dit anteriorment és que el principi de carrera comprèn tots els llocs i càrrecs dins d'una especialització determinada, que correspon a una preparació i una formació concretes, incloent-hi també els denominats serveis en període de pràctiques i el període de prova. Segons aquest principi resulta essencial que els aspirants en edat primerenca ingressin a l'Administració segons la seva preparació i formació, preferiblement en concurrència amb altres aspirants.

h) El principi d'eficiència (mèrit i capacitat)

Segons l'article 33.2 GG, tot alemany, d'acord amb la seva aptitud, capacitat i professionalitat, té accés a la funció pública en condicions d'igualtat. Per aquesta raó, entre els principis tradicionals a què l'article 33.5 GG fa al·lusió, ressalten els de mèrit i capacitat, ja que vénen continguts de forma expressa en l'article 33.2 GG. Aquest últim precepte suposa la concreció del principi d'igualtat recollida en l'article 3 GG per a l'ingrés a la funció pública, i l'exigència d'igualtat entre aspirants existeix en funció no sols de la seguretat dels drets individuals, sinó que s'institueix, també, com a protecció de la institució de la funció pública. Els criteris d'igualtat que l'article 33.2 GG escull són els d'aptitud, capacitat, formació i especialització; qualsevol altre que es pretengués emprar seria inconstitucional. Aquests i solament aquests són els criteris que determinen l'ingrés o l'entrada a l'Administració pública.

D'altra banda, l'article 3.3 GG evita que es puguin acceptar uns altres criteris, i impedeix que es puguin utilitzar formes de selecció per raó de sexe, ascendència, raça, idioma, pàtria o origen, creences o opinions religioses o polítiques. En aquest mateix sentit l'article 8.1.2. BBG repeteix els anteriors criteris i afegeix, a més a més, pel que fa a l'assignació de llocs de treball, que tampoc per raons de relació no es pot fer cap distinció. L'article 23 BBG es remet, també pel que fa a l'ascens i la promoció, al que assenyalava l'article 8.1.2 BBG. L'article 33.3 GG determina, finalment,

que ningú no podrà sofrir perjudicis a causa de la seva pertinença o no a confessions religioses o ideològiques.

Es pot dir que el *Leistungsprinzip*, com a principi tradicional del funcionariat, troba la seva expressió més aconseguida en l'article 33.2 GG pel que fa referència a l'ingrés a la funció pública. No obstant això, les pròpies exigències que d'aquest principi genèric es deriven fan que la seva expressió en el camp de la funció pública no s'esgoti quan s'hi ingressa, sinó que romangui constantment com a paràmetre per als posteriors graus o promocions que el funcionari vagi trobant en el curs de la seva carrera.

El fet que tan sols els que posseeixen les condicions de mèrit i capacitat necessaris puguin optar als càrrecs administratius i romandre-hi, té una funció protectora de caràcter doble: si tan sols els més capacitats tenen accés a la funció pública, l'eficiència de les funcions administratives augmentarà almenys de manera proporcional; i, si a més a més el fenomen es contempla des de l'aspecte individualitzat dels subjectes que entren en contacte amb l'Administració, el grau de seriositat, legalitat i adequació de les decisions d'aquesta serà sempre més gran com més gran sigui el grau de capacitat dels subjectes que decideixen.

Els criteris que utilitza l'article 33.2 GG fan referència, com s'ha pogut comprovar, a tres aspectes diferents.

— A través de l'aptitud es pretén comprovar que la conducta del funcionari i les seves qualitats humanes siguin adequades per al tracte amb els ciutadans i amb la resta dels seus companys, i s'asseguri a la vegada que sigui susceptible de guardar la necessària dignitat davant el càrrec i davant la societat.

— A través de la capacitat es pot mesurar el nivell tècnic o d'especialització aconseguit en la seva formació, és a dir, les condicions de capacitat per dur a terme una tasca determinada.

— A través de l'especialització es pretén determinar el grau d'eficàcia per realitzar un treball segons l'experiència obtinguda anteriorment.

L'article 33.2 GG no produeix efectes ni quant a l'organització del poder ni quant als òrgans que dirigeixen les qüestions de personal. La seva funció és exclusivament la de regla o escala que regula l'entrada a l'Administració; per altra banda, no fonamenta

cap dret a l'hora d'ingressar-hi, ni tan sols utilitzant criteris d'especialització. Quan l'Administració disposa d'un nou lloc de treball que hagi de ser cobert per funcionaris, l'individu que pretengui accedir-hi gaudeix tan sols del dret a una decisió material sobre la seva pretensió per obtenir l'ingrés en condicions d'igualtat.

Per tots els anteriors motius, el *Leistungsprinzip* enllaça harmònicament amb el principi de carrera, en connexió amb la formació prèvia i la formació posterior que s'obté en funció d'aquesta; i enllaça també amb el principi de funció pública per a tota la vida, que garanteix, en les condicions ja assenyalades, una situació estable en el càrrec. Des d'un altre punt de vista, repercuteix en el principi de retribució (*Alimentationsprinzip*) d'acord amb les condicions de mèrit i capacitat que el funcionari posseeix.

El *Leistungsprinzip* rep serioses crítiques en l'actualitat precisament pel fet de plasmar-se en els principis de carrera i de professió per a tota la vida; les crítiques més dures es concentren en la palesa dificultat que existeix per mantenir en el transcurs de tota una vida administrativa el grau d'eficiència i formació necessària per actuar d'acord amb les exigències del principi administratiu d'eficiència. Precisament per això, en l'actualitat es parla de limitar temporalment l'exercici de càrrecs en les esferes administratives superiors, o d'establir un sistema de carrera més permeable i menys rígid. Tindrem ocasió de parlar-ne més endavant.²⁶

i) El principi de legalitat

El principi de legalitat, com a principi tradicional de la funció pública, implica que la situació jurídica dels funcionaris no pugui ser transformada sinó a través de les condicions expressament assenyalades a la llei (art. 59 BRRG). Reconegut ja per la Constitució de Weimar (art. 129.2 WRV), aquest principi implica la traslació del principi de legalitat de l'Administració a la legislació específica sobre funció pública. L'article 20 GG, en el qual es concreta el principi de la reserva de llei, convertiria en il·lícita qualsevol alteració de la relació de funció pública que no vingui determinada o que no estigui habilitada per llei.

26. N. ACHTERBERG, "Die Leistungsprinzip im öffentlichen Dienstrecht", dins *DVBZ*, 1977, pàg. 540.

La independència de la funció pública no es deriva exclusivament del fet que tant jurídicament com econòmicament quedi assegurat el servei a l'Administració, sinó que la possible separació o remoció dels seus membres obeeix exclusivament als supòsits legalment establerts (B Verf GE 7, 155, 163). No tots els funcionaris es regeixen, tanmateix, per idèntiques normes, ni a tots no se'ls assegura de la mateixa manera en relació amb la possible finalització de la seva relació de servei (B Verf GE 7, 155, 163).

La manifestació més notòria del principi de legalitat en la relació administrativa es troba en el Dret disciplinari especial aplicable a la funció pública. Ni la separació del servei ni la disminució de la situació jurídica de què es venia gaudint (trasllat a un càrrec en el qual es perceben menys emoluments, segons ja recollia la Constitució de Weimar, art. 129) no es poden imposar si no es donen les condicions legals i se segueix el procediment legalment previst.

f) El dret a la decisió de l'autoritat predeterminada legalment

Correspon a un dels principis més arrelats d'aquells pels quals es regeix la funció pública, i significa que pel damunt de les decisions referides a assumptes personals dels funcionaris només és competent l'autoritat administrativa legalment prescrita. Segons decisió del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 9, 268, 287) es declararà incompatible amb els principis tradicionals que analitzarem la intervenció dels consells representatius del personal en aquelles situacions que afectessin exclusivament els assumptes personals dels funcionaris.

h) La qüestió dels drets adquirits

Per acabar l'exposició relativa als principis tradicionals, cal fer una referència, encara que tan sols superficial, a dues categories que podrien induir a confusió en la matèria a què ens referim, ja que no gaudeixen del rang de principi tradicional de la funció pública. Com estudiarem a continuació, es tracta de la qüestió dels drets adquirits i la de la conservació del lloc o ocupació que exerceix.

Pel que fa als drets adquirits, cal assenyalar que després de l'entrada en vigor de la Llei Fonamental de Bonn va perdre tota

raó de ser i tota vàlidesa l'article 129.1.3 de la Constitució de Weimar —deixem de banda en aquests moments la qüestió de quan va perdre vigència realment l'esmentada norma—, que establia que els drets adquirits dels funcionaris romandrien absolutament invulnerables. Segons decisió del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 15, 167, 194), la figura dels drets adquirits no ve formulada a la *Grundgesetz*, ni queda sota la protecció de l'article 33.5 GG. Aquest últim precepte no protegeix els drets subjectius dels funcionaris, sinó que afirma i protegeix l'organització del funcionariat en interès de la collectivitat. (B Verf GE 3, 58, 137; 8, 1, 11; 8, 332, 343; 9, 268, 286; 11, 203, 215; 38, 1, 11; 43, 242, 278).

Igualment, i per idèntics motius, l'article 33.5 GG no garanteix tampoc la posició adquirida davant un lloc concret de treball, de manera que qualsevol disminució laboral soferta no es pot interpretar contrària a la Llei Fonamental. En no tractar-se d'un principi tradicional de la funció pública, es pot advertir quins canvis d'Administració o trasllats a diferents òrgans administratius poden donar-se per vàlids sense el consentiment del funcionari en qüestió, segons assenyala el Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 17, 172, 187).

3. Els drets fonamentals dels funcionaris

Generalment, tots els drets fonamentals troben la seva expressió en l'àmbit concret de la funció pública. Cal assenyalar, tanmateix, que l'article 33.5 GG i la seva referència als principis tradicionals del funcionariat complica força la depuració, l'àmbit i el límit dels drets fonamentals dels funcionaris; no debades es diu que és un dels preceptes de la Llei Fonamental que s'ha interpretat de la manera més distant del que els seus autors pensaren i disposaren.²⁷ I no debades s'han produït ja intents de procedir a la seva modificació.

És en l'àmbit dels drets fonamentals on apareix el terme "tradicció" com a única mesura per limitar-los, on es fa més rellevant

27. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, op. cit., article 33, Rdn. 43.

el caràcter conservador del precepte²⁸ i on es fa palesa la dificultat d'adaptació del personal de l'Administració per fer front a les necessitats d'una societat moderna i industrialitzada. Nombrosos autors²⁹ i abundant jurisprudència ho posen de relleu.

A aquesta desorientació hi ha contribuït probablement la doctrina de les relacions especials de poder (*besonderen Gewaltverhältnisses*), superada en l'actualitat després de la moderna interpretació de la teoria de la reserva de la llei per a tot allò que sigui essencial en el desenvolupament dels drets fonamentals, per decisió del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 33, 1, 10), fins i tot quan els afectats per la mesura es troben sotmesos a una relació especial de poder. D'aquesta manera, els drets fonamentals i la seva protecció són aplicables en tota la seva extensió als funcionaris, encara que el seu exercici pugui ser limitat. Segons la moderna interpretació, el que varia és la causa de la limitació, ja que mentre amb anterioritat a la sentència referida la limitació es fonamentava en les pròpies relacions especials de poder en què el funcionari es trobava davant de l'Administració, amb posterioritat a la referida sentència, aquesta limitació tan sols podria venir imposada per llei o per causa d'una llei (*nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes*).

Com sigui que existeix una quasi codificació del Dret de la funció pública a través de lleis i reglaments, tan sols cal preguntar-se si la norma en qüestió atorga la cobertura necessària per limitar el dret fonamental de què es tracta. En qualsevol cas, la limitació no pot anar més enllà, ni té sentit la seva imposició fora de l'àmbit estricte i de la finalitat de la relació especial a què està sotmès el funcionari, i difereix, a més a més, segons la relació especial de poder de què es tracti. L'escala funciona, per tant, entre l'absència de limitació dels drets fonamentals de creença, consciència, llibertat de professió religiosa i lliure exercici de culte, o d'altres com ara la llibertat d'opinió, reunió o associació, que són limitats tan sols en funció de l'exercici del càrrec públic, o el que pateix més limitació, que és el dret de vaga, l'exercici del qual està prohibit al funcionari en interès del servei.

28. F. ROTTMANN, "Grundrechte und Rechtsschutz im Beamtenverhältnis", dins ZBR, 1983, pàg. 77.

29. W. WIESE, op. cit., pàg. 26; WIESE, *Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland*, 1972, pàg. 105; WOLFF-BACHOF, *Verwaltungsrecht*, II, pàg. 578.

La doctrina ha intentat establir unes línies interpretatives que donin coherència als punts de conflicte, establint a la vegada la concordança entre els drets fonamentals de l'individu i els del funcionari. Són les següents:³⁰ l'*status* específic de la relació de funció pública s'ha de derivar necessàriament de l'ordre constitucional, és a dir, ha de trobar el seu fonament en la mateixa *Grundgesetz*, i aquest paper el juga l'article 33. La relació de funcionari, per les seves pròpies condicions i qualitats, exigeix necessàriament una limitació de drets fonamentals.

Per si això no fos prou, els drets fonamentals tan sols són limitables en la mesura en què vingui justificat per la funció d'aconseguir la necessària coordinació i concordança entre els esmentats drets i els béns jurídics protegibles que pateixen aquesta limitació.

Segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional, el funcionari gaudeix de protecció dels seus drets fonamentals, però en romandre situat en la línia d'actuació de l'Estat, està obligat en determinats supòsits a l'observança d'una conducta determinada, encara que en la seva qualitat de ciutadà pugui, a més a més, fer valer els seus drets davant l'Estat. En el funcionari col·losionen dos manaments fonamentals de la *Grundgesetz*: la garantia de la seva funció funcional, indispensable en l'ordre democràtic, i la de la seva llibertat individual. Cal, doncs, buscar la necessària compensació per a una funció pública intacta, independent, indispensable i adequada a l'ordre constitucional que no elimini ni anul·li els drets fonamentals dels individus que la componen. Per això, i no sense esforç, el Tribunal Constitucional federal ha efectuat la següent concreció, relativa a l'exercici dels drets fonamentals respectius per una banda, i referida per una altra a la relació de servei i lleialtat que ha de ser garantida en l'exercici de drets fonamentals concrets. Cal en aquests moments, doncs, donar entrada als preceptes constitucionals que regulen els drets fonamentals, per concretar així com han de ser exercits pels funcionaris. Són continguts en els articles 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 14, 17, 21, 33.2, 36, 132 i 137.1 de la *Grundgesetz*.

30. W. WIESE, *Beamtenrecht*, pàg. 27.

a) El dret a la vida i a la integritat física (art. 2.2.1 GG) no s'oposa al deure de determinats grups de funcionaris (policia, bombers, metges en cas d'epidèmia) la vida i la salut dels quals s'entén que estan en disposició de la mateixa tasca que realitzen.³¹ L'amenaça o el perill que puguin córrer la vida i la integritat corporal no prové en aquests casos d'una intervenció estatal directa, sinó de l'acceptació d'un tipus de treball que comporta per naturalesa perill, com s'esdevindria en l'àmbit de la vida privada davant l'elecció d'un tipus de treball que comporta en ell mateix perillositat (B Verf GE 39, 334, 336 i 337).

b) El principi d'igualtat davant la llei de l'article 3.1 GG no impedeix al legislador modificar la relació de serveis encara que això provoqui repercussions en el principi d'igualtat. Aquest ha estat interpretat, segons el Tribunal Constitucional, des del punt de vista de l'aptitud, i a través del deure de lleialtat dels funcionaris; i ja que ningú no podrà ser perjudicat ni afavorit per les seves opinions polítiques, el precepte matisa el principi d'igualtat com a punt de connexió per evitar qualsevol discriminació o privilegi (arts. 3.3 i 33.2 GG) (B Verf GE 39, 334, 367).

c) L'article 4 GG, que regula la llibertat de creença i consciència, està matisat de la manera següent quan es tracta dels funcionaris públics. No és admissible que davant un determinat càrrec s'esgrimeixin reserves de consciència de caràcter personal a causa de les obligacions que el càrrec comporta. Sí que es pot pensar, però, que existeixen reserves de consciència davant determinades ordres o instruccions dels superiors, per la qual cosa els articles 56 BBG i 38 BRRG estableixen i regulen el dret de rèplica. (S'ha de tenir en compte que, segons l'article 38.1 BRRG, el funcionari té la plena responsabilitat personal de la legalitat de la seva actuació en el servei.)

d) El dret fonamental de llibertat d'opinió (art. 5 GG) resulta també protegible, amb matisacions, per als funcionaris. El que resulta problemàtic és saber fins a quin punt el dret fonamental ha de cedir en relació amb la situació peculiar en què es troben aquests sense que per això desaparegui o s'anulli el seu exercici.

31. WILHELM, ZBR, 1966.

Per concretar l'exercici d'aquest dret fonamental en la col·lisió de la pròpia llibertat amb els interessos de l'Estat, el Tribunal Constitucional federal, en la seva resolució (B Verf GE 39, 334, 366 i següents), s'ha expressat de la manera següent: "Tot comportament susceptible de ser valorat com l'exteriorització d'una opinió política queda sota l'article 5 GG quan no és incompatible amb la lleialtat política que l'article 33.5 GG exigeix als funcionaris. La compatibilitat o incompatibilitat de la llibertat d'expressió sota el principi del deure de lleialtat dels funcionaris, s'ha d'interpretar en els límits que pateix l'article 5 GG, a la llum del dret fonamental limitat per aquestes circumstàncies, i decidir-se cas per cas".

e) L'article 6 GG és matisat per a determinats funcionaris (*Polizeivollzugsbeamte*) que en situació d'aquarterament han de sol·licitar permís per contreure matrimoni, ja que mentre aquesta situació dura poden estar obligats a l'anomenada *Zölibatsklausel*.

f) L'article 8 GG, que regula la llibertat de reunió, expressa unes matisacions semblants a les ja exposades per al dret fonamental a la llibertat d'expressió. Succeeix, però, que en l'article 8 GG manca una reserva de llei expressa (encara que es considera que hi ha límits immanents; B Verf GE 3, 248, 253; 20, 351, 355; 21, 92, 93; 24, 367, 396), de manera que la limitació està referida a preceptes continguts en lleis generals. D'aquesta manera, l'Administració pot valorar si l'exercici de la llibertat de reunió suposa o no abandonament de les funcions encomanades o disminució del seu rendiment. La solució d'aquest conflicte es busca sobre la base de la col·lisió de l'exercici de drets fonamentals que es produiria, ja que és cert que el funcionari no pot al mateix temps exercir dos drets fonamentals que en certs moments es manifestin contraris: per una banda, el del lliure desenvolupament de la personalitat, exterioritzat per la llibertat d'ocupació mitjançant la seva dedicació en l'Administració pública; i, per altra banda, el de la llibertat de reunió amb descurança de les obligacions que té assignades. El Tribunal Administratiu federal (B Verw GE 42, 79, 85 i 86) ha declarat que no hi ha en aquest cas una jerarquia de drets fonamentals en la qual pogués prevaler el dret fonamental de reunió.

Una altra perspectiva ens mostraria que amb base al deure de lleialtat i al d'observança de comportament digne, hi ha inconvenients perquè el funcionari pugui prendre part en reunions dirigides contra els seus propis òrgans o la seva pròpia Administració, o quan la seva participació lesionés seriosament el servei encomanat.

g) L'article 9 GG consagra el dret d'associació, i pel que fa a aquest dret, es podrien fer idèntics raonaments que els ja expressats en relació amb el dret de reunió. El dret d'associació pot ser exercit vàlidament també pels funcionaris (art. 57 BRRG i art. 91 BBG). Les limitacions d'aquest dret es poden trobar, però, en el mateix article 33.5 GG, i precisament perquè mai no hi ha hagut una prohibició expressa al dret d'associació dels funcionaris, es pot dir que l'exercici d'aquest dret es considera "principi tradicional de la funció pública" en el sentit de l'article 33.5 GG. En opinió del Tribunal Constitucional federal, s'adverteix, amb caràcter general, que les limitacions que pateixin els drets fonamentals dels funcionaris són il·lícites quan estan imposades per motius de la relació de servei i lleialtat exigible (B Verf GE 19, 303, 322). Evidentment, l'exercici del dret fonamental d'associació el segueix l'exercici d'aquells altres drets que porten al de la representació del funcionari en les seves respectives organitzacions.

Segons l'article 9.3 GG, als funcionaris els és permès formar associacions per defensar i millorar les seves condicions de treball. És principi tradicional de la funció pública, tanmateix, la prohibició de prendre part en les mesures collectives que s'adoptin per a millores de condicions de treball.

En efecte, ni amb el deure de lleialtat, ni amb el deure d'assistència al servei no és compatible el dret de vaga. Prendre part en vagues implica una infracció de l'article 33.4 GG, ja que trenca la relació de servei i lleialtat, i una infracció de l'article 33.5 GG, ja que viola els principis tradicionals del funcionariat.

Ja que en la Llei Fonamental es garanteix el principi del manteniment adequat i de la retribució justa del funcionari, no hi ha discussió possible sobre aquestes condicions, que, a més a més, han d'estar sempre definides per la Llei (B Verf GE, 8, 1, 17 i 44, 249, 264). S'ha de dir exactament el mateix per a qualsevol tipus de vaga

que es pretengui realitzar (*Bummelstreiks, Dienst nach Vorschrift, "go slow", absichtliches langsames Arbeiten*).³²

h) El dret a la lliure circulació i residència comprès en l'article 11.1 GG tot just es veu afectat per la limitació que suposaria al funcionari viure en un àmbit físic determinat. L'obligació o el deure de residència que en el moment oportú va haver de ser observat, no és avui en vigor. L'elecció del lloc de residència s'ha de fer de manera que no quedi perjudicada la relació de servei ni dificultat el seu trasllat a aquesta. No s'ha d'entendre per tot això que avui dia sigui necessària una concreció específica d'aquest dret fonamental als funcionaris públics.

i) L'article 12 GG determina que qualsevol alemany té dret a elegir lliurement la seva professió i el seu lloc de treball o d'aprenentatge. Segons la jurisprudència del Tribunal Constitucional federal, el concepte de professió (*Beruf*) s'ha d'entendre d'una manera prou ampla per englobar-hi també el treball en el sector públic (B Verf GE 7, 377, 397; 11, 30, 39; 16, 6, 21; 17, 31, 377; 33, 303, 301; 39, 334, 369). Fins i tot així, el dret fonamental de lliure elecció d'ocupació experimenta limitacions del seu exercici en funció de l'article 33.5. GG, que el sotmeten a una especial regulació segons la naturalesa del treball, i no segons la discrecionalitat de l'Administració.

És cert que l'exercici de la professió és sotmès a unes condicions específiques de caràcter subjectiu que depenen de la pròpia persona que elegeixi complir-les o no, i d'altres condicions de caràcter objectiu imposades amb independència de la capacitat i de la formació de qui elegeix l'ocupació o professió, per raons d'interès superior i en funció de l'interès general (B Verf GE 7, 377, 405 i 39, 334, 369). Els requisits per a l'admissió a la funció pública s'imposen per raons subjectives, i en la voluntat del candidat resideix el seu compliment. No obstant això, el deure de guardar lleialtat a la Constitució (*Gewähr für Verfassungstreue*) correspon a motius imposats per raó de l'interès general. L'Estat s'assegura

32. La bibliografia sobre el dret de vaga dels funcionaris és abundant: W. DÄUBLER, *Der Streik im öffentlichen Dienst*, 1971; I. v. MÜRCH, *Rechtsgutachten zur Frage eines Streikrechts der Beamten*, 1970; J. ISENSEE, *Beamtenstreik*; W. WEBER, *Das Berufsbeamtentum im demokratischen Staat*, 1975.

d'aquesta manera que dins del seu propi aparell no li serveixen enemics en potència, i, en cas que fos així, la reacció que se'n deduiria seria la immediata separació del servei per motius de lleialtat política després del corresponent expedient disciplinari.

Per això, no està en contradicció amb l'article 2.1 GG l'actualització del principi tradicional que obliga al deure de lleialtat, del qual és advertit ja en els seus inicis qui pretén entrar al servei de l'Administració sota relació permanent, i així s'ha d'observar, sota pena de sanció de separació. Qualsevol que vulgui servir l'Estat no ha d'atemptar contra aquest (V Berf GE 39, 334, 370).

j) L'article 17 GG regula el dret de petició, que es matisa per als funcionaris en les vies de petició i reclamació establertes en els articles 59 BRRG i 171 BBG.

k) L'article 21 GG defineix els partits polítics. En la tensió que es produeix entre funció pública independent i participació dels seus membres en partits polítics, el Tribunal Constitucional federal decidí en el seu moment el següent: "La llibertat de decisió de l'Administració per aplicar les normes que regulen el deure de lleialtat política dels funcionaris no es pot veure limitada per l'article 21 GG" (B Verf GE 39, 334, 357; 47, 365, 372).

L'article 21.2 GG reserva la decisió de la conformitat o disconformitat d'un partit polític amb l'ordre constitucional a la decisió de l'Alt Tribunal. Doncs bé, encara que un partit actuï de fet posant en perill la seguretat de l'Estat, no se li pot impedir la seva activitat política mentre no es pronunciï el Tribunal Constitucional i després del procediment establert legalment; la sentència que en aquests casos recaigui té valor constitutiu perquè puguin procedir contra el partit declarat disconforme amb l'ordre constitucional, la policia, l'Administració i els jutges.

La pertinença a un partit polític que es pugui considerar atemptatori contra l'ordre constitucional, encara que el partit no hagi estat declarat inconstitucional, permet a l'Administració valorar la idoneïtat del candidat i impedir-li o no la seva entrada a la funció pública; d'aquesta manera pot ser constitucional la desestimació d'una sol·licitud d'ingrés a la funció pública d'una persona de la qual es comprovi la seva militància política en un partit considerat extrem, tot i que aquest sigui encara constitucional pel fet

de no haver estat declarat jurídicament contrari a la Constitució, i fins i tot gaudeixi de representació política minoritària.

Per aquests motius es pot dir que l'article 21 GG no és limitatiu, *per se*, de la pertinença del funcionari a partits polítics, com tampoc no ho és de la capacitat d'enjudiciament de l'Administració a l'hora de decidir sobre la manca o no de lleialtat política d'un funcionari.

l) Per al tema que ens ocupa resulta de gran transcendència el dret fonamental recollit en l'article 33.2 GG, en el qual no insistirem, que assegura la igualtat d'accés als càrrecs públics segons condicions d'aptitud, capacitat i professió. Ja que la tasca de servir l'Estat té necessitat d'unes condicions especials derivades de la seva pròpia naturalesa, primerament el nombre limitat de llocs de treball existents, la garantia de l'elecció de la professió consisteix a atorgar iguals condicions d'ingrés a la funció pública als qui demostrin igual capacitat.

Per la seva connexió amb l'article 33.2 GG podem incloure el dret reconegut en l'article 36.1 GG, segons el qual "als òrgans superiors de la Federació hi tindran accés funcionaris provinents de tots els seus Estats en proporció adequada". No continuarem desenvolupant el significat d'aquest dret per tal com ja el considerem analitzat en el principi d'igualtat.

m) Ens queda, finalment, contemplar l'article 137.1 GG, en el qual s'estableix la limitació d'elegibilitat dels funcionaris tant per al Parlament federal, com per als dels Estats membres, així com per als òrgans representatius dels municipis. Pretén el precepte evitar una excessiva penetració dels òrgans executius en els que detenen la potestat legislativa; la mesura tendeix a impedir que pertanyin als òrgans legislatius un excessiu nombre de funcionaris quan aquests són els encarregats de controlar l'Administració de la qual procedeixen. La limitació no significa, tanmateix, tancament, i, per descomptat, la legislació que establis aquesta incompatibilitat de manera rotunda seria inconstitucional.

Com a conclusió d'aquesta exposició es pot deduir que de la construcció de l'article 33.5 GG en resulta una genèrica reserva de llei per a la limitació dels drets fonamentals dels funcionaris,³³

33. WIESE, op. cit., pàg. 39.

que sorgeix de manera immediata de la Llei Fonamental, ja que s'hi fa específicament esment.³⁴ Les limitacions assenyalades són de caràcter material, atès que es refereixen al contingut dels drets fonamentals, i són a la vegada de caràcter específic perquè no es refereixen a tots els drets fonamentals, sinó tan sols a aquells que els afecten com a funcionaris. Les limitacions resulten immanents, ja que la mateixa Llei Fonamental efectua la reserva, però són de caràcter transitori, ja que produeixen els seus efectes mentre dura la pertinença de l'individu al servei públic. Per altra banda, posseeixen també un caràcter reflex, atès que són necessàries per a una adequada funció pública, des de la perspectiva Administració-individu. Finalment, es pot dir també que es tracta de límits de reserva que no estan continguts en la garantia constitucional de la funció pública i el seu abast depèn en cada cas del caràcter i de les funcions i del lloc de treball del funcionari.

Aquesta anàlisi referida als drets fonamentals quedaria incompleta si no analitzem un aspecte idèntic, almenys d'una manera comparativa, pel que fa al personal restant de l'Administració pública que no gaudeix de la categoria funcional, encara que les diferències entre uns i altres són més formals que no d'un altre caràcter. Mentre que als funcionaris se'ls reserva les funcions i l'exercici de competències superiors, els empleats fan tasques col·laterals, mecàniques o de rutina, encara que a vegades no deixen de confiar-los funcions tècniques i de caràcter científic; per la seva part, els obrers realitzen tasques exclusivament materials, sense poder dur a terme les esmentades anteriorment. Ambdues categories —empleats i treballadors— són categories de treball en el sentit del Dret laboral, i la seva organització és idèntica a la del sistema laboral privat. Els seus conflictes jurídics es ventilen davant la jurisdicció laboral, i exceptuant el seu deure de lleialtat, no els obliguen els restants deures als quals els funcionaris estan obligats. En conseqüència, tot allò que fa referència als drets fonamentals dels funcionaris no és aplicable a aquestes últimes categories de personal, salvant els matisos que es derivin del deure de lleialtat referit. Altres limitacions de drets no els són aplicables, en especial el que fa referència a l'exercici del dret de vaga.

34. WOLFF-BACHOF, op. cit., pàg. 479; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, op. cit., art. 33, Rdn. 72.

4. *Superació o persistència de l'institut dogmàtic de les relacions especials de poder?*

En coherència amb el que hem exposat anteriorment, es podria deduir que l'institut de les relacions especials de poder queda pràcticament superat per l'exigència que, encara en l'àmbit d'aquestes relacions, les limitacions que pateixin els drets dels qui s'hi trobin sotmesos hagin de ser fixades per llei, especialment quan es tracta de limitar drets fonamentals. No sembla, però, que la doctrina es conformi pacíficament amb la mort inesperada i prematura d'una institució de tant arrelament en la funció pública com aquesta a què ens referim.

Així opina D. Merten en el pròleg de la seva monografia editada fa poc, *Das besondere Gewaltverhältnis*, on assenyala que "la ploma del Tribunal Constitucional pot eliminar lleis, però no instituts dogmàtics. I per això la polèmica sobre les relacions especials de poder, malgrat el veredict de Karlsruhe, i no precisament a causa d'aquest, no sols no s'ha apagat, sinó que s'ha encès amb més força. La doctrina sobre el tema no s'ha convertit en paper mullat, sinó que gaudeix encara d'una atracció més gran".

Seria atractiu també per a nosaltres esbossar el que significà aquest institut i la transcendència que va tenir en la formació de la teoria de la reserva de llei i l'exercici de la potestat reglamentària de l'Administració; resistirem tanmateix la temptació, ja que entrariem en un tema no directament relacionat amb el que ens ocupa, i recordarem solament que aquest tipus de relacions a les quals estan sotmesos, entre d'altres, els funcionaris públics, ja no són reducte d'un poder reforçat en mans de l'Administració difícilment revisable per la jurisdicció contenciosa, sinó un àmbit de poder especial, on l'Administració posseeix un nivell de decisió pròpia. No s'ha de mantenir que la necessària limitació per llei dels drets fonamentals dels funcionaris trenqui aquesta situació. Amb tota seguretat s'han confós els termes de la sentència del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 33, 303), en la qual es pretenia posar de manifest que els qui estaven sotmesos a aquestes relacions especials de poder —en aquell cas es tractava del compliment d'una condemna— no tenen per què veure limitats els seus drets fonamentals si no és mitjançant una llei. El supòsit a què ens

referim feia relació a la negativa de comunicació d'una carta que havia estat enviada a un subjecte que es trobava complint condemna.

No volem tampoc assenyalar que la relació de poder i la seva construcció dogmàtica actualment signifiqui el que significaren en el seu moment, ja que el poder reglamentari de l'Administració es perd rotundament si aquest intenta exercir-se en qüestions que impliquen limitació de drets fonamentals, si no és que existeix l'habilitació corresponent. Tampoc no es vol dir que pel fet d'haver de concretar-se tota limitació d'aquests drets per llei, l'Administració perdi el reducte de decisió que posseeix sobre els qui es troben davant d'ella en un grau de subjecció especial.

El més interessant per a nosaltres seria conèixer fins a quin punt influeix l'*status* especial en la protecció jurídica del funcionari. Pel que fa referència als seus drets i obligacions es pot assenyalar el següent: del text de l'article 19.4 GG, en connexió amb els relatius als drets fonamentals, se'n dedueix que la garantia constitucional de la protecció jurídica s'estén fins i tot a les relacions especials de poder. La mateixa limitació dels drets fonamentals en l'exercici de funcions públiques deixa obert, tanmateix, que l'àmbit de funció que no pugui per la seva naturalesa incloure's en l'exercici d'aquests drets, romangui inalterable com dogmàticament s'assenyala en la doctrina de les relacions especials de poder: una simple advertència del superior no té per què conceptuar-se com una lesió de situacions jurídiques subjectives. Amb les reserves efectuades no hi hauria inconvenient a admetre que la dogmàtica de les relacions especials de poder continuarà existint.³⁵

35. D. MERTEN, "Grundrechte und besonderes Gewaltverhältnis" dins *Das besondere Gewaltverhältnis*, D. u. H., Berlin, 1985; RONELLENFITSCH, "Das besondere Gewaltverhältnis ein zu frühotgesagtes Rechtsinstitut", *DöV*, 1981, pàg. 933.



CAPÍTOL SEGON

Significació de la funció pública
en l'Estat democràtic



I. FUNCIO PÚBLICA I ESTAT DE DRET

En l'àmbit del servei públic podem contemplar el personal que compon aquest sector des de dos punts de vista diferents. Per una banda, com el recurs i l'execució de les actuacions de l'Administració, i, per l'altra, des de la situació de tensió que representen la política i la direcció de personal de cara a la consecució dels fins que l'Administració es proposa.³⁶

La diferència que representa l'última de les perspectives esmentades es manifesta especialment en els funcionaris que exerceixen les competències que els corresponen dins d'un ordre jerarquitzat que conforma una bona part del seu *status* en la piràmide administrativa, malgrat resultar molt discutible la divisió i desintegració de competències i funcions que són per elles mateixes indivisibles.

No obstant això, el personal és solament un objecte disponible i manejable per l'Administració que el regula i el dirigeix; la política i la direcció del personal s'adreça cap a una pluralitat de subjectes que totalitzen un nombre ingent, els quals s'han de contemplar en el seu aspecte humà. El progressiu augment del personal al servei de l'Administració i la xifra que aquest representa en el total de la població activa,³⁷ repercuteix negativament en l'atenció de l'últim dels aspectes referits, l'humà, a la vegada que contraresta l'atenció que a aquests es pugui dedicar, i impedeix a més a més les temptatives d'una reforma profunda de la funció pública concebuda

36. C. H. ULE, "Rechtsstaat und Verwaltung", *Verw Arch.* 1985, pàg. 1.

37. El 1979, sobre un total de 26.874.000 de població activa, 4.698.206 s'ocupaven en tasques públiques, cosa que representava el 19,7% de la població activa.

a la llum d'un Estat democràtic assegurador del major nombre de prestacions als particulars, sota el respecte de les garanties individuals d'aquests com a persones i com a servidors públics.

La qüestió fonamental se centra en la manera com hauria de conformar-se avui l'ofici del servidor de l'Administració, i com s'hauria de configurar la funció pública d'un Estat democràtic de règim parlamentari, o, de manera equivalent, com s'hauria d'establir la relació entre política i Administració. Tot sovint, però, aquesta qüestió és dissimulada i substituïda per una altra de menys transcendència pel que fa al fons, que deriva cap al dilema de si els funcionaris exerceixen o poden ocupar-se de tasques polítiques, cosa que per altra banda no ha estat mai un inconvenient, excepte per a la pertinença a partits que amenacessin la seguretat de l'Estat. El plantejament concret dels drets individuals del funcionari i l'estatut que els és aplicable dins de l'ordenament en vigor, juga un paper menys important a la RFA que el paper genèric que la funció pública pot exercir dins del règim d'un Estat democràtic.

Molt sovint es posa de relleu la coherència de la professionalitat del funcionariat en l'Estat monàrquic, i la seva manca d'adequació en l'Estat democràtic. Aquesta afirmació, que pot ser certa referida als funcionaris dels cossos superiors, pel que fa referència a la relació de lleialtat que els vincula, resulta molt simplista, tanmateix, aplicada a la totalitat del servei públic. Permanentment es deixen de banda els efectes de la funció pública en un sistema parlamentari i el paper que ocupa el servei públic en el nou Estat, i els qui així es comporten se ceneixen a l'estudi de l'actuació independent i professional que l'Administració consigni a través de l'assegurada permanència dels funcionaris públics fent quadrar i encaixar aquesta amb les necessitats de l'Estat democràtic.³⁸

Per a les creixents funcions i prestacions que assumeix actualment l'Estat modern sembla imprescindible una Administració continuament assegurada i independent de qualsevol canvi polític; l'Administració és l'aparell de què l'Estat se serveix per a la direcció i consecució d'aquestes activitats. Amb aquest paper, però, no esgota l'Administració totes les seves possibilitats, ja que, en la seva peculiar condició de posseïdora d'experiència i coneixement de la situació, intervé en la política actuant com a contrapès davant de

38. G. PÜTTNER, *Verwaltungslehre*, pàgs. 185 i 193.

la no professionalitat del diputat. D'aquesta funció que l'Administració va poder realitzar ja en el període monàrquic i encara més en les monarquies constitucionals, i que tot just patí un cert canvi amb l'adveniment de la república, deriva en gran part el plantejament del tema en els moments presents, i mena al necessari estudi del paper que actualment juguen els titulars dels càrrecs administratius en el total de les funcions de l'Estat.

Davant la separació de funcions entre política i Administració en l'Estat democràtic, l'element del funcionariat no representa un problema seriós,³⁹ fins i tot en contra de l'opinió estesa que creu veure en les immissions d'aquest un perill per al propi principi de separació de poders,⁴⁰ atès que tant funcionaris com empleats, amb les degudes reserves, exerceixen funcions en règim permanent i de carrera. És evident, però, que la democràcia és exercici de poder a termini fix expressat en eleccions periòdiques, si bé no per això s'ha d'alterar el paper i l'estatut dels qui serveixen l'Administració en virtut de cadascun dels períodes de govern polític. La neutralitat en l'exercici dels càrrecs es considera el primer fre davant la introducció de tècniques, com la nord-americana, en què el canvi de govern significa el canvi de funcionaris que serveixen alts càrrecs.

En la tensió descrita anteriorment, que es debat entre la transformació i canvi de la funció pública en funció de la política de govern, o la permanència estable d'un funcionariat independent d'aquests esdeveniments, a la RFA s'opta per un sistema de funció pública neutral, expressió del principi de neutralitat de l'Administració davant les directrius polítiques, tot i sabent que aquesta neutralitat és insusceptible d'aconseguir-se.

La neutralitat de l'Administració es descriu com a necessària no sols per mantenir una lleialtat crítica davant governs canviants i majories parlamentàries, sinó per possibilitar a l'Administració l'execució d'un Estat de Dret indispensable davant els ciutadans. La infracció del principi de neutralitat significaria, des d'aquesta perspectiva, un atemptat contra el mateix Estat de Dret que conclouria possiblement en la indesitjada inseguretat; per altra banda, això no significa que s'hagi d'impedir al funcionari, com a ciutadà, l'exer-

39. G. PÜTTNER, op. cit., pàg. 193.

40. KOTTGEN, *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*, Berlín, 1928, pàg. 38.

cici d'activitats polítiques i la manifestació de les seves opinions, si això s'executa amb la reserva i la mesura adequades que impedeixin l'ocupació de càrrecs dins dels partits polítics, fins i tot evitant les aparences externes de les quals es pugui deduir que s'hi pertany. Cada membre del servei públic ha de jugar dos papers degudament encaixats: el de ciutadà i el d'administrador neutral.

Lligada a la neutralitat apareix també la qüestió de la lleialtat deguda als superiors i davant de les directrius polítiques, que pot portar, sens dubte, a conflictes i dificultats a l'hora de cooperar amb una política que pugui resultar aliena i, en conseqüència, a l'hora de complir fins administratius i mesures que no s'assumeixin com a pròpies.

No tota participació política dels ciutadans s'ha de considerar lesiva o distorsionant; Püttner és de l'opinió ⁴¹ que l'activitat política del funcionaris, segons el quadre descrit, es pot jutjar, fins i tot, positiva en la relació política-Administració. En efecte, si la política necessita del coneixement especialitzat i concret dels assumptes, i posteriorment l'Administració ha d'executar les decisions polítiques, ambdues fases poden convergir i cooperar de manera adequada; i fins i tot ens hem de preguntar si no és estèril que la política segueixi el curs que li és propi i exclusiu, o, en canvi, si no seria fructuosa i necessària la cooperació entre partits polítics i personal especialitzat.

L'avantatge que representa aquesta cooperació implica corregir el factor d'utopia amb què es manifesten quasi habitualment els partits a l'oposició, si el seu programa pot arribar a ser contrastat amb els qui realitzen i executen les tasques administratives; i, per altra banda, a l'administrador públic el contacte amb l'element *base* del partit el pot ajudar a justificar les seves pròpies posicions i, al mateix temps, a sortir de l'estretesa que l'excessiva especialització de vegades origina.

No s'han d'ometre els perjudicis que aquestes actituds de cooperació poden desencadenar, ja que un excessiu contacte entre partits i Administració podria malmetre els principis de lleialtat i neutralitat dels funcionaris, i podria erosionar el principi d'assistència i eficiència de l'Administració, en encadenar-se excessivament el seu comportament a la decisió política; per altra banda, també podria

41. G. PÜTTNER, op. cit., pàg. 195.

amençar els controls de l'Administració realitzats pel poble i el Parlament, especialment si els funcionaris apareixen formant part tant dels partits com del Parlament.

Els anteriors perills es posen de manifest de manera encara més notòria quan el funcionari individual participa activament en la política, o quan es dona una politització de l'Administració per una banda, un excessiu sobrepès dels funcionaris en el Parlament per l'altra.⁴²

Els Parlaments i les representacions locals sovint s'han compost en la seva majoria de funcionaris, segons assenyala Hattenhauer,⁴³ malgrat això, i malgrat l'aparició en escena d'un excessiu predomini dels funcionaris per motius dels seus càrrecs (*Ämterpatronage*)⁴⁴ es pot concloure, de manera genèrica, que en el transcurs d'aquests anys els membres de la funció pública han observat la independència deguda. A aquest efecte resultarà possiblement interessant l'estudi en profunditat de la naturalesa i la configuració del principi de neutralitat, així com del principi i la relació de lleialtat política, claus de la identificació del servidor de l'Administració amb l'Estat democràtic.

II. EL PRINCIPÍ DE NEUTRALITAT

El principi de neutralitat dels funcionaris públics, esbossat ja en exposar els principis constitucionals de la funció pública i els drets fonamentals dels funcionaris, serà analitzat ara tant des del seu aspecte constitucional, com des dels criteris que són necessaris per a la seva determinació; ambdós aspectes s'han de sotmetre al denominador comú que s'expressa en la qualificació del principi de

42. De l'article 137 GG se'n deriva el principi de separació de càrrec i mandat manifestat en la possibilitat de limitar per llei l'electivitat dels funcionaris; malgrat això, segons PÜTTNER, op. cit., pàg. 195, un terç dels diputats del *Bundestag* són funcionaris. La combinació entre funcionaris i representants de partits té a Alemanya una tradició singular. Els partits no intervingueren en l'Administració de cop i volta el 1918, com es llegeix de manera habitual. Molt abans ja els funcionaris actuaven en política, almenys en els partits conservadors.

43. HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, Köln, 1980, pàg. 228.

44. T. ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, Stuttgart, 1961, degut més a les associacions i organitzacions de cossos concrets de funcionaris, que a la desviació de la seva independència.

neutralitat com un dels criteris essencials de definició de l'*status* de la funció pública.

El principi de neutralitat, regulat a l'article 35 BRRG, que encapçala el capítol dedicat a regular la situació jurídica dels funcionaris, es determina sota l'expressió següent: "El funcionari serveix el poble, no un partit." El manament de neutralitat que amb alteracions insignificants estarà concretat també en la legislació dels Länder,⁴⁵ és el primer dels de la seva matèria on es concreten les obligacions dels funcionaris, i la seva redacció recorda la de l'article 130 de la Constitució de Weimar, on es descrivia el funcionari com un servidor de la collectivitat, no d'un partit.

L'esmentat principi obliga el funcionari al compliment de les funcions del seu càrrec de manera independent i imparcial, ja que el seu deure és atendre la collectivitat; si això és o no possible s'ha d'estudiar des dels dos pols que vinculen el funcionari: Parlament-Govern per una banda, i ciutadà-collectivitat per l'altra.

Com a part del poder executiu, el funcionari està vinculat i sotmès a la llei i al Dret (article 20.3 GG); com a servidor del seu càrrec ha de servir la collectivitat; i com a part d'una organització està sotmès al deure d'obediència davant les directrius i les observacions dels seus superiors. Amb raó es pregunta Häberle⁴⁶ si aquesta triple vinculació no porta en el transcurs del temps a un conflicte d'interessos lesiu per a la comunitat, o incompatible amb la seva vinculació a la llei, per la qual cosa es fa necessari esbrinar, en cadascun dels àmbits on la neutralitat és exigible, quina d'aquestes és la que realment s'ha de cenyir a l'activitat del funcionari.

La neutralitat condiona no sols la independència personal, sinó també la independència per raó de la matèria, com advertí ja la decisió del Tribunal Constitucional (B Verf GE 18, 241, 255), referint-se a la independència judicial; i malgrat que és conegut que el jutge no pertany en sentit estricte, o millor, no forma part de la funció pública en quedar exclòs del poder executiu, potser alguns

45. C. H. ULE, *Beamtenrecht*, C. H. Köln, 1970, Rdn. 5 a l'article 35: "Konflikte zwischen Beamtenpflichten und Parteipflichten", dins *Verfassung, Verwaltung, Finanzkontrolle. Festschrift für H. Schäfer*, C. H. Köln, 1976.

46. P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 1970, Bad Homburg.

aspectes en què es manifesta la seva neutralitat podrien traslladar-se a la neutralitat i la independència del funcionari.

Resulta essencial, doncs, que la independència per raó de l'assumpte o de la matèria es manifesti en autonomia que atorgui als independents llibertat responsable per al compliment de les seves funcions.

D'aquesta autonomia haurà de gaudir el funcionari per facilitar-li, en gran manera, el compliment de les seves funcions. El que passa, però, és que en no estar el funcionari, com el jutge, sotmès exclusivament a la llei (art. 97.1 GG) sinó també a les directrius i les observacions dels seus superiors, manté una posició de submissió a la llei davant el Parlament, però també davant el Govern a través de les directrius, advertències, observacions, o ordres.⁴⁷ La debilitat de la independència del funcionari es mostra en el deure d'obediència, tot i que aquest es pot valer dels mitjans jurídics que li atorguen la possibilitat d'advertir la il·legalitat d'una ordre que hagi de ser acomplerta (art. 38.2 BRRG), atès que té la responsabilitat individual pel compliment jurídic estricte dels seus propis actes (art. 38.1 BRRG). És clar que el deure d'obediència acaba en el moment que es reconeix que l'ordre rebuda resulta inconstitucional o lesiva del règim de llibertats democràtiques, cosa que es dedueix, segons Evers,⁴⁸ de l'esmentat precepte (art. 38.1 BRRG), ja que si el funcionari és responsable de la legalitat dels seus actes, l'observança d'aquesta legalitat implica la submissió a la llei i al Dret. No obstant això, tampoc el funcionari no pot observar una obediència cega davant les lleis promulgades pel Parlament, ja que està mancat de competència de rebuig de les normes —concentrada aquesta absolutament en el Tribunal Constitucional federal, segons l'article 100 GG—; pot defensar l'admissió de competències de rebuig d'ordres rebudes pels funcionaris quan aquestes infringeixin els fonaments de l'ordre constitucional, com ara són la sobirania del poble, o el principi de separació de poders, a través de qualsevol de les seves expressions.⁴⁹

47. J. BALTES, *Die Neutralität des Berufsbeamten*, Würzburg, 1973; G. PÜTTNER, "Zur Neutralitätspflicht des Beamten", dins *Öffentlicher Dienst*, pàg. 383, C. H. Köln.

48. H. H. EVERS, "Beamter und Politik", dins *Festschrift für H. Herrfahrdt*, Marburg, 1961.

49. J. BALTES, op. cit., pàg. 25.

Malgrat el que hem dit anteriorment, no s'ha d'oblidar que el funcionari està subjecte a un estatut imposat per llei i disposicions reglamentàries que l'obliguen forçosament al seu compliment, i que poden ser alterades per altres que subjectin la conducta d'aquest de manera diferent de l'originàriament establerta. Aquesta circumstància, forçada per un estricte compliment de la llei, evita que pugui equiparar-se totalment la independència del funcionari amb la del jutge, i consegüentment la neutralitat del jutge amb la del funcionari, a la vegada que fa dubtar sobre la independència del funcionari davant el Parlament i davant la llei.

Un altre factor d'estudi dins del principi de neutralitat és el que es deriva del deure d'obediència davant la legislació, la regulació del qual permet un àmbit de discrecionalitat administrativa, de la mateixa manera que davant les instruccions de caràcter polític que atorguen idèntica possibilitat, ja que moltes vegades es qüestiona si la renúncia del legislador a establir els fets concrets dels quals se seguiran les conseqüències jurídiques de la norma, significa autoritzar l'executiu a determinar, a través d'instruccions, quins han de ser aquests.

Stein⁵⁰ s'inclina per la manca de vinculació d'aquestes advertències i instruccions, assenyalant que, en cas de divergència d'opinió sobre la finalitat d'una determinada instrucció i la seva conformitat amb l'interès general, el funcionari no està sotmès a mantenir el mateix criteri que el que s'assenyala en la instrucció. D'una manera semblant argumenta Baltes,⁵¹ seguint criteris jurisprudencials, en el sentit que el funcionari està justificat pel compliment d'una ordre quan després de profundes reflexions considera que el seu compliment porta conseqüències greus, evitables, o danys irreparables per a l'individu o per a la collectivitat. Per tant, i sota els mateixos criteris, sempre que les instruccions que el funcionari rebí no continguin advertències que facin témer conseqüències perjudicials, es pot entendre que hi està sotmès.

No es dedueix una altra cosa del principi de legitimació política, a través del qual en els sistemes parlamentaris el poder de l'Estat s'aconsegueix segons processos polítics en els quals pren part el poble, que, a través de la majoria, eligeix, primer en el Parlament,

50. STEIN, *Die Grenzen des dienstlichen Weisungsrechts*, Tübingen, 1965.

51. BALTES, op. cit., en citació del BayVGH, u. F. 10, III, 23.

i després en el Govern, quina és la forma d'interès general que més li convé de conformitat amb el programa polític elegit. D'aquesta manera, l'exercici de la discrecionalitat que a través de les instruccions dictades es determina s'ha de considerar vinculant per al funcionari, ja que no és aquest qui ha d'apreciar la conformitat o disconformitat de les directrius polítiques, sinó el Parlament, o els jutges, o el poble, qui ho ha de fer. En els sistemes parlamentaris són els ministres qui responen de la fidelitat dels seus actes i del seu ajustament a l'interès general.

Com es pot veure, la independència del funcionariat davant el Parlament i davant el Govern és escassa, encara que aquesta es pot matisar amb la intervenció dels funcionaris en els projectes de llei que han de ser tramesos al Govern per a la seva aprovació, ja que és evident que la independència o la significació personal desplegada en la redacció d'un projecte de llei transcendeix o no segons el seu grau d'acceptació per part del Govern.

Acabarem dient, doncs, que neutralitat podria significar —en el context en què ens movem— l'estricta disposició del funcionari cap a tot Govern legitimat democràticament, o, com descriu Friesenhahn,⁵² el servei a la majoria parlamentària i al Govern elegit per ella; aquesta és la manera com el funcionari pot arribar a servir el poble, no un partit o uns interessos concrets, des del moment en què la seva tasca se centra a "complir l'ordre jurídic institucionalitzat i fer realitat a través de mesures concretes els fins estatals establerts en les normes".⁵³

Pot ser que més atraient que la neutralitat fins ara descrita resulti la neutralitat que s'ha d'apreciar des de la perspectiva del ciutadà, al qual van destinades la major part de les normes, i al qual han de servir, és a dir, l'activitat administrativa, on el funcionari no és sinó la figura del garant de la legalitat de l'actuació administrativa;⁵⁴ el principi de legalitat significa també el manament d'observar els principis generals del Dret, i per tant el funcionari hauria de prendre decisions amb el suport jurídic i de manera im-

52. E. FRIESENHAHN, *Diskussionsbeitrag auf dem 48 deutscher Juristentag*, pàg. 157.

53. K. KRÖGER, "Verfassungsrechtliche Grundfragen des Rechtes der Beamten auf «parteilpolitische Meinungsäusserungen»", *AöR* 88, 1963, pàg. 121.

54. STERN, *Diskussionsbeitrag auf dem 48 deutscher Juristentag*, pàg. 62.

parcial pel que fa a la matèria, cosa que evidentment correspon a les exigències d'un Estat social de Dret. Aquesta exigència material de juridicitat ja se sap que es fa realitat i es concreta en els preceptes i les normes jurídiques als quals estan sotmesos tant l'Administració com els mateixos funcionaris. Quan l'article 35.1 BRRG parla de compliment d'obligacions imparcial, no s'està referint al legislador ni a la relació que el funcionari estableix amb el Govern ni amb el Parlament, sinó a l'absència de motivació política en l'adopció de les decisions.⁵⁵

Doncs bé, en la perspectiva de la relació funció pública-ciudadà, la neutralitat significa, a més a més del que hem dit anteriorment, l'observació del principi d'igualtat en les decisions, la qual cosa s'ha de manifestar fonamentalment en l'exercici de l'activitat discrecional. Igualtat, com a premissa de neutralitat, sota el principi de la qual s'ha de manifestar la manera d'exercir qualsevol tipus d'activitat, ja que, no sense raó manifesta Scheuner, el compliment de la llei s'efectua imparcialment, però els fins a través dels quals es concreta el seu compliment estan normalment determinats per decisions polítiques.⁵⁶

L'exercici imparcial del càrrec⁵⁷ significa que la decisió s'ha d'adoptar sense tenir en compte raons personals de simpatia o antipatia, confessionals i, per descomptat, de partit. La responsabilitat del ciutadà-funcionari davant la seva actitud de servei l'obliga davant l'Administració, no davant un partit; i davant el ciutadà, el deure de decisió imparcial es deriva directament, com ja hem assenyalat, del principi de legalitat, ja que a través d'ell es verifica la protecció jurídica que l'ordenament ofereix, i que, consegüentment, només pot manifestar-se quan el funcionari realitza i adopta o executa les decisions que tant legislador com executiu li ordenin.

55. Segons BALTES, op. cit., pàg. 42, citant U. SCHEUNER, "Erfahrungen und Probleme des geltenden Beamtenrechts für die politische Stellung des Beamten", dins *Die politischen Pflichten und Rechte des deutschen Beamten*, Baden-Baden, 1962, pàg. 15.

56. U. SCHEUNER, op. cit., assenjala que aquestes decisions són impossibles de neutralitzar pel que fa als seus efectes.

57. Cal advertir que el terme *unparteiisch*, que apareix a l'article 35.1 BRRG, significa més que políticament neutral (cosa que seria el seu significat en llenguatge vulgar): pren el sentit d'"imparcial" exercici de funcions, en el context del precepte.

I en aquest precís moment és quan tornen a aparèixer les circumstàncies que debiliten poderosament la posició de neutralitat del funcionari davant la posició de neutralitat del jutge, ja que la independència del primer, per raons òbvies, està limitada per la mateixa extensió i raó de funció.

L'observança de la imparcialitat té dues vessants. D'una banda, la positiva, que commina a obrar imparcialment, i de l'altra, la negativa, que evita o ha d'impedir que l'aparença externa dels actes indueixi el ciutadà a pensar que l'adopció de decisions que el concerneixen s'efectuï d'una manera imparcial (B Verf G 43, 42).

L'article 35.1 BRRG compleix un doble paper d'advertència per al funcionari pel que fa a la imparcialitat, i d'apropament de confiança de la persona individual en una funció pública imparcial. Aquest paper, com es pot comprovar, té una certa relació amb el deure de reserva imposat també en relació amb la confiança dipositada en la funció pública i ajuda a garantir ⁵⁸ l'activitat interventora i prestacional.

III. EL DEURE DE LLEIALTAT A L'ORDRE CONSTITUCIONAL (VERFASSUNGSTREUE)

El principi sobre el qual pivoten les obligacions i els deures que conformen l'estatut del funcionari és el de fidelitat i lleialtat a la Constitució i a l'ordre constitucional. Es pot dir que d'aquest principi n'arrenquen els restants que informen la funció pública, ja que veuen en ell el seu suport i la seva justificació. D'això no se n'ha de dubtar encara que el referit deure ha estat de vegades qüestionat, ja que és difícil de delimitar fins on s'ha d'estendre la seva observança.

Val la pena recordar ⁵⁹ que el tema sorgí a principis dels anys setanta, a través de premsa i revistes especialitzades, i causà enfrontament en el mateix Parlament. El nomenament com a jutge a Nordrhein-Westfalen d'un membre del DKP desencadenà el conflicte. La qüestió havia aflorat ja a través de l'aprovació dels *Grundsätzen über die Mitgliedschaft von Beamten in extremen Organisa-*

58. W. LEISNER, *Grundlagen des Berufsbeamtentums, mit einer Studie über das Leistungsprinzip*, Bonn, 1971.

59. K. STERN dins *Zur Verfassungstreue der Beamten*, Vahlen, 1974.

tionen de 28 de gener de 1972, sota l'acord del canceller Brandt i els ministres presidents dels Länder. Els motius que s'adduïen per a l'aprovació dels esmentats principis, sobre participació de funcionaris en organitzacions extremistes, allegaven que tant per la legislació federal, com per la dels Länder relativa a la funció pública, venia establert que al funcionari l'obligava un comportament conforme a l'ordre democràtic, per la qual cosa qualsevol temptativa en contra d'aquest ordre constituïa un incompliment de les obligacions del càrrec. En conseqüència, la pertinença d'un funcionari a partits o a organitzacions d'aquesta classe plantejava certament un conflicte de lleialtat per a la solució del qual calia que les Administracions prenguessin mesures.

L'entrada al servei de l'Administració condicionava el candidat a l'observança de l'ordre de les llibertats democràtiques, i els dubtes sobre aquest aspecte justificaven el rebuig de la sol·licitud de l'aspirant.

Els principis esmentats anteriorment eren una reproducció dels aprovats pel Consell de la ciutat lliure d'Hamburg al 23 de desembre de 1971, i se cenyien a expressar que tant la legislació del Bund com la dels Länder permeten l'ingrés a la funció pública tan sols dels qui tinguin una actitud d'acord amb l'ordre democràtic, tant en la seva relació interna amb l'Administració, com en l'externa com a ciutadà. Cada cas dubtós s'examinaria especialment, i si no s'esvaïa el dubte s'evitaria l'ingrés del candidat. En el cas que el funcionari no acomplís, o no compleixi, amb el que preceptua la versió original, ara modificada, de l'article 35 BRRG, podria ser separat del servei. Els anteriors principis es feien extensius a empleats i treballadors.

La resolució no adoptà la forma ni el contingut dels contractes d'Estat (*Staatsvertrag*) que necessiten l'aprovació parlamentària, ni la forma de convenis administratius (*Verwaltungsabkommen*), que no requereixen l'aprovació parlamentària, però que s'han de cenyir a l'àmbit administratiu. La forma que adoptà la resolució va ser la de Resolució general de ministres amb cartera o de ministres-presidents. S'ha d'entendre que aquest tipus de resolucions vinculen en l'àmbit expressat en la mateixa conferència.

En afirmació de Köttgens,⁶⁰ l'article 33.4 GG expressa l'influx

60. STERN, a op. cit., pàg. 9, citant KÖTTGENS.

que recíprocament s'exerceixen l'Estat i els seus servidors de la manera següent: "El caràcter de la funció pública ve decididament determinat pel caràcter de l'Estat al qual el funcionari serveix, i a la inversa, el caràcter de l'Estat està decididament determinat pel dels funcionaris que el serveixen". Avui dia es pot afirmar que el funcionari accepta unes obligacions i uns deures concrets envers l'Estat i els valors reconeguts a la Constitució; i aquesta i no una altra va ser la causa que la pretesa reforma de la funció pública de la RFA intentada en els anys setanta, que tindrem ocasió d'exposar, no pogués ser empresa sense recórrer a una reforma constitucional que no es va arribar a iniciar, ja que de la flexibilitat que es deriva de la reforma hauria pogut sorgir una funció pública no distingible, en principi, de l'activitat privada d'ocupació o professional.

L'ordre fonamental de les llibertats democràtiques es pot descriure, en el sentit de l'article 21.2 GG, com el que, amb exclusió de tot poder i autoritat arbitrària, crea un ordre de poder sotmès al Dret amb fonament en la pròpia determinació del poble, segons la voluntat de la majoria, la llibertat i la igualtat. Com a principis fonamentals d'aquest ordre polític s'ha de ressaltar: el respecte als drets humans concretats a la Llei Fonamental, i per damunt de tots, el dret a la personalitat, a la vida i al seu lliure desenvolupament, la sobirania del poble, la divisió de poders, la responsabilitat del Govern, la legalitat dels actes de l'Administració, la independència dels jutges, el principi de la majoria política i de la igualtat de condicions de tots els partits polítics, i el dret a constituir i exercir la corresponent oposició (B Verf GE 2,1).

Aquest ordre fonamental, sota l'acatament del qual s'efectua la *vocatio* per a l'Administració pública,⁶¹ és condició d'entrada al servei de l'Administració i també de permanència; i de la situació de lleialtat que crea en ambdues parts la seva observança i respecte en el transcurs de tota la carrera, com a contribució activa a la seva custòdia. Aquesta manera positiva de contemplar els valors democràtics indueix a un comportament actiu de cara a la consecució dels valors fonamentals i a la seva realització, rebutja tota fórmula patètica i de neutralitat davant d'aquests, i pretén una funció pública que actuï positivament i participi en la realització dels valors des-

61. L'expressió que emprava l'article 35.1.3 BRRG, i l'article 4.2.1 d'aquest text, en ser cridat al servei públic, *darf nur berufen werden*.

crits. No per cap altre motiu la realització de lleialtat és recíproca per ambdues parts.

En conseqüència, el deure de lleialtat no s'ha de predicar exclusivament per a les relacions de l'individu funcionari-Administració interna, sinó que ha de configurar una actitud també en el seu cercle vital extern a l'Administració, de manera que impedeixi actituds que, observant l'ordre establert durant les hores de treball, atemptin contra ell en les hores restants. L'obligació de lleialtat exigeix una actitud íntegra de la persona, observable i mantenible a través de totes les manifestacions de la seva personalitat, sense que resultin admissibles posicions esquizoïdes que divideixin la individualitat del subjecte i la seva posició davant l'ocupació pública.

Per altra banda, del text de l'article 4.1.2 BRRG se'n dedueix clarament que la lleialtat a observar en l'actitud de qui ingressa a la funció pública ha de convèncer precisament a qui l'ha de nomenar, de manera que les aptituds dubtoses haurien de ser, en principi, l'obstacle que impedis la crida a la funció pública.

La fórmula no pot ser més perillosa, encara que quasi pacíficament s'admet que la garantia és la negació en cas de dubte,⁶² i s'és conscient que no es pot predicar una absoluta cretesa, i ha de ser suficient la que resulti dels mateixos fets, aplicant sempre a favor de l'aspirant el benefici del dubte.

El deure de lleialtat, mesurat en termes d'igualtat, és exigible a tots els funcionaris qualssevol que siguin les seves condicions de relació de servei, tant si són de prova, com si són per a tota la vida o per a un temps determinat, i fins i tot és aplicable als funcionaris de caràcter honorífic. Qüestionable ha estat de vegades⁶³ si el deure de lleialtat és exigible a tots els graus de formació en el servei públic, que s'ha d'esdevenir necessàriament per a l'ingrés a la funció pública.

El Tribunal Constitucional federal ha considerat necessària l'observació del principi de lleialtat en els diferents graus de formació pública, sense establir cap diferència amb el funcionari ja nomenat, ja que entén que aquesta exigència no és contrària al principi de proporcionalitat —com estimava el sector doctrinal abans indicat—

62. PLÖMER, *NJW*, 1973, pàg. 8.

63. PLÜMER, *op. cit.*, pàg. 10.

ni constitutiva de limitació del dret fonamental de lliure elecció de la de *Numerus-clausus-Urteil* (B Verf GE 33, 330), en la qual

En efecte, per una jurisprudència transcendental —com va ser la de *Numerus-klausus-Urteil* (B Verf GE 33, 330), en la qual a propòsit de l'establiment de *numerus-clausus* per a l'ingrés en la Universitat s'establí una nova teoria sobre la reserva de llei— es determina clarament que “quan l'elecció d'una professió ve condicionada per una formació específica, les limitacions establertes a l'accés als graus de formació han de considerar-se condicions d'admissió a la professió o ocupació de la qual es tracti”.

Des d'un altre punt de vista, es pot pensar que la tolerància i el respecte cap a les llibertats públiques no han d'arribar al punt extrem de formar “enemics” en potència de l'ordre establert, que posteriorment no puguin ingressar, per aquests motius, al servei de l'Administració. I en aquest mateix sentit es diu que la intensitat del deure de lleialtat és exigible de la mateixa manera a tots els funcionaris públics sense que hagin d'establir-se diferents graus d'exigibilitat segons les professions o els càrrecs que per al servei públic s'exerceixen; tant per al jutge, com per al professor, a qualsevol nivell d'ensenyament, així com per al qui usa les finances públiques, el deure de lleialtat ve regulat per les normes generals, no específiques, que en cada moment regeixen en la funció pública. Establir distincions o graus d'intensitat al deure de lleialtat suposaria relativitzar la importància i la jerarquia d'aquesta obligació.⁶⁴ Les anteriors afirmacions són veritablement qüestionables.

Tot i que a vegades es pugui pensar que el deure de lleialtat s'enfronta obertament amb altres preceptes constitucionals que reconeixen expressament drets fonamentals, la qüestió no planteja més problemes, ja que la intensitat amb què es pugués exercir, per exemple, el dret a la llibertat d'ensenyament contingut a l'article 5.2 GG des de l'actitud del ciutadà, no és la mateixa que es pot predicar del ciutadà que exerceix el mateix dret fonamental, però que es troba a més a més en situació de subjecció especial i de relació de fidelitat davant l'Estat.

Potser arriba el moment de preguntar-se, en relació amb els

64. K. STERN, *Zur...*, op. cit., pàg. 23; H. W. LAUBINGER, “Die Treuepflicht des Beamten im Wandel der Zeiten”, dins *Öffentlicher Dienst. Festschrift für C. H. Ule*, pàg. 89, 1977; R. MORSEY, “Staatsfeinde im öffentlichen Dienst (1929-1932)”, dins l'anterior obra, pàg. 111.

principis de neutralitat i amb el deure de lleialtat, fins a quin punt es pot considerar democràtic i concorde amb el sistema de llibertats democràtiques de l'Estat de Dret impedir formar part de la funció pública a qui militi en partits polítics no declarats oficialment contraris a la Constitució, en el sentit de l'art. 21.2 GG, sota l'argument que no és possible d'aquesta manera exigir ni obtenir el compliment del deure de lleialtat.

La present qüestió —que, com fàcilment es pot imaginar, a la RFA no es pot deslligar del seu context històric— ha dut molt sovint a polèmiques no insignificants, centrades totes en la constitucionalitat de les mesures de negació de llibertat als “enemics de la llibertat”. L'ordre democràtic així obtingut és sotmès a un judici sever, encara que el principi de l’*“streitbare Demokratie”* es considera conforme la Llei Fonamental.⁶⁵

Tant la legislació de la Federació com la dels Estats membres i la resolució de 28 de gener de 1972 ja esmentada, com la jurisprudència del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 39, 334) que a continuació analitzarem, s'han encarregat d'expressar i d'impedir l'atribució de funcions públiques a qui es considera o pugui considerar-se *enemic* de l'ordre constitucional.

IV. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIONALITAT DEL PRINCIPI DE LLEIALTAT. LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE 22 DE MAIG DE 1975

La decisió del Tribunal Constitucional federal afirma rotundament que el deure de lleialtat a la Constitució és condició per a l'ocupació en la funció pública, i que la legislació on es concreten aquestes obligacions no sols és compatible amb la *Grundgesetz*, sinó que ve exigida per aquesta llei. El legislador no pot desconèixer en cap moment el manament constitucional, i els motius que s'argüeixen són els següents (B Verf GE 39, 334).

Els articles 5.3, 33.4 i 33.5 GG expressen una actitud a observar davant l'ordre constitucional que no es pot considerar neutral. Dels articles 2.1, 9.2, 20.4, 21.2, 79.3, 91 i 98.2 GG es desprèn que l'actitud envers els valors fonamentals requereix una defensa constant

65. P. G. KIELMANSEG, “Von der Notwendigkeit und den Schwierigkeiten streitbarer Demokratie”, dins *Vorfassungsfeinde als Beamte?*, G. OLZOG, München, 1979, pág. 39.

dels principis democràtics. Solament quan el candidat acompleixi ambdós requisits se'l pot considerar "apte" en el sentit de l'article 33.2 GG. Quan i com resulta provada i garantida aquesta actitud del candidat, és qüestió que incumbeix resoldre a l'autoritat competent a l'hora d'enjudiciar l'ingrés del funcionari, per a la qual cosa disposa d'un àmbit de decisió propi no controlable per la jurisdicció administrativa més que en allò en què, se sap, arriba a ser controlable tot concepte jurídic indeterminat: apreciació de fets i aplicació de conseqüències jurídiques (B Verf GE, 39, 334).

Pel que fa a la militància en organitzacions els fins de les quals atempten contra l'ordre constitucional o la militància en organitzacions extremistes com a impediment per a l'ingrés a la funció pública, el Tribunal Federal sosté que la pertinença a un partit té relació amb el comportament de l'individu, a través del qual es pot exterioritzar la seva conformitat major o menor amb l'ordre establert (encara que roman en l'obscuritat quin grau de participació és exigible i quin pes polític s'ha de tenir en el partit per donar una idea exacta i real de l'enemistat o enfrontament amb l'ordre constitucional establert).

Per altra banda, el Tribunal exigeix, a més a més, que el funcionari es distanciï de grups i s'allunyi d'actituds que atemptin, lluitin o menyscabin l'ordre establert, de la qual cosa resulta que l'afinitat amb grups extrems, fins i tot quan aquests no persegueixen fins anticonstitucionals determinats programàticament, pot ser causa del rebuig per a l'ingrés. Com s'ha d'interpretar l'afinitat o proximitat amb les actituds atemptatòries contra la Constitució i com s'ha d'interpretar el distànciament del mateix partit és una cosa que tampoc no aclareix la sentència de 22 de maig de 1975, i per això pot ser interpretat tant en el sentit de mantenir una actitud d'oposició dins del partit, com de mantenir una simple aparença de militància. Ens preguntem si es pot distingir correctament la militància en un partit de la participació activa en aquest.

El Govern federal, en la seva resolució de novembre de 1978, extragué les seves pròpies conseqüències de la sentència, interpretant clarament la confusió de termes que aquesta presentava. Amb la sentència de 22 de maig de 1975, es va pensar que seria incompatible l'establiment d'una presumpció jurídica automàtica que permetés mantenir que la simple pertinença a un partit amb fins anticonstitucionals seria justificativa de l'admissió del candidat al ser-

vei públic i de la seva acceptació hipotètica de l'ordre constitucional. La pertinença a un partit pot ésser condició rellevant per a la personalitat de l'individu, fins i tot quan aquest factor no gaudeixi d'un rang prou transcendent per desplaçar les restants circumstàncies individuals en què aquest desenvolupa la seva personalitat.

La doctrina del Tribunal s'hauria d'interpretar en el sentit que la participació en partits polítics contraris a la Constitució hauria de tancar el pas a la funció pública. D'aquesta manera —es pensà—, en cada cas s'hauria de determinar i distingir entre la pertinença a un partit polític i entre les activitats dins del mateix partit, i fins i tot entre activitats anticonstitucionals fora del partit.

És evident que extreure les anteriors conseqüències de la sentència resultava forçat; però és evident també que la lletra de la sentència feia que el Govern adoptés les mesures que posteriorment es prepararen.

Queda per analitzar la qüestió de la militància en partits polítics d'intencions contràries a la Constitució però no declarats encara fora de la llei pel Tribunal Constitucional.

En aquest supòsit, la sentència considera obertament inaplicable l'apellació a l'anomenat privilegi de partit, assenyalant que la situació, insusceptible de ser variada, del funcionari com a tal i com a persona crearia dues dependències, una davant del partit i l'altra davant l'Estat. Pel que fa a aquest aspecte, el vot particular que formula el jutge Rupp fa observar la interferència que es produeix entre l'article 21.2 i l'article 33 GG, partint de la premissa que si l'article 21 GG va ser introduït per la *Grundgesetz* —no contenia cap precepte semblant la Constitució de Weimar— és indicatiu que l'article 33 GG ha de ser interpretat a la llum de l'esmentat precepte. Segons el vot particular formulat, mentre un partit polític no ha estat prohibit, no es pot fer valer la seva inconstitucionalitat; i fer valer la militància en un partit en desavantatge del candidat a la funció pública, significaria fer valer aquest desavantatge il·legalment.

La major part de la decisió de l'alt Tribunal és la que vincula jurídicament, i per altra banda hi ha qui troba inconvenients a la concepció del vot particular,⁶⁶ ja que l'addició de l'article 21.2 a la

66. K. STERN *Zur...*, op. cit., pàg. 2. L'article 33 GG regula la igualtat de drets i obligacions entre els alemanys, l'accés als càrrecs públics en condicions d'igualtat, la reserva de funció, i la menció dels principis tradicionals de la funció

Grundgesetz suposa la introducció d'un instrument tant per a l'Estat com per a l'ordre constitucional, resultat d'experiències del passat, i caldria preguntar-se si no és transformar la voluntat dels pares de la Constitució el fet que un instrument de defensa que disposa la democràcia no pot servir per a la protecció de l'Estat, de la mateixa manera que va poder servir-se dels mitjans defensius de què disposava abans de la seva introducció. La posició del vot particular s'inclina cap a l'activitat inconstitucional que l'individu pot desenvolupar, i no cap a la seva pertinença a un partit polític determinat, com a causa de rebuig per a la seva entrada al servei públic; i, per tant, la pertinença a un partit polític extremista és significativa, tenint en compte que el futur candidat persegueix fins que atempten contra l'ordre constitucional.

Com a punts més o menys transcendents que es dedueixen de la sentència que comentem cal subratllar els següents: el deure de lleialtat és exigible a qualsevol relació de funció pública, sense que calgui establir distincions entre les quals s'impliqui autoritat o funció de sobirania, o aquelles de simple servei; és exigible, consegüentment, als empleats, la col·locació o ocupació dels quals pot ésser rescindida en el cas de no complir les seves obligacions corresponents, i no es pot ni s'ha de deixar d'exigir mentre duren els períodes de formació i prova del candidat a la funció pública, ja que en aquesta circumstància l'Administració posseeix mitjans directes per comprovar el compliment exacte dels deures de lleialtat.

V. ABAST I MANIFESTACIONS DEL PRINCIPÍ DE LLEIALTAT.

FONAMENT I PROVA DE LA LLEIALTAT CONSTITUCIONAL.

PROCEDIMENT PER VERIFICAR-LA

La sentència comentada va merèixer serioses crítiques des dels seus inicis.⁶⁷ La discussió es va aguditzar per tal com es tractava d'un aspirant a la Judicatura, a qui, havent aprovat el seu primer

pública; l'article 21 GG regula els partits polítics, així com la declaració d'inconstitucionalitat d'un partit els fins del qual lesionin l'ordre fonamental democràtic.

67. H. WEILER, *Verfassungstreue im öffentlichen Dienst*, Athenäum, 1979, pàg. 189; D. STRONK, "Der Zugang zum öffentlichen Dienst unter rechtlichen und politischen Gesichtspunkten" ,dins *Verfassungsfeinde als Beamte?*, G. O. München, 1979.

examen d'Estat, es va denegar l'entrada en el curs selectiu o període de pràctiques (*Vorbereitungsdienst*), perquè havia format part de l'organització *Roten Zelle Iura* (que perseguia —segons es deia— fins contraris a la Constitució) en la seva època d'estudiant a la Universitat de Kiel. Es considerava que del seu comportament no se'n deduïa la garantia de respecte suficient a l'ordre constitucional establert, segons criteris, tots ells, del Tribunal Administratiu d'Apel·lació.

Com a resultat d'això, i sota interpretacions diverses, es dictaren resolucions judicials que d'alguna manera impediren l'ingrés de membres de partits polítics considerats extremistes a diferents llocs de l'Administració pública. Entre les més conegudes, assenyala Stronk,⁶⁸ es pot destacar la del Tribunal Laboral federal⁶⁹ referida a la col·locació d'un mestre.

Aquest últim supòsit resultà especialment discutit, ja que la relació i deure de lleialtat no es venia exigint de la mateixa manera a empleats que a funcionaris (almenys abans de la sentència de 22 de maig de 1975). No obstant això, a un mestre se li va exigir, malgrat tractar-se d'un empleat, ja que a judici del Tribunal l'aspirant en qüestió oferia indicis racionals per dubtar del seu deure de lleialtat, la qual cosa el convertia automàticament en "no apte" d'acord amb l'article 33.2 GG. El Tribunal Laboral referit, recollint criteris del Tribunal Constitucional federal, va decidir que el DKP (partit comunista alemany) perseguia fins contraris a la Constitució, ja que adoptava el programa del KPD, prohibit el 1956, tot i que aquest hagués alterat la definició dels seus fins. Des de llavors la pertinença al DPK representa un seriós inconvenient respecte al deure de lleialtat i l'ingrés a la funció pública.

En una altra decisió —aquesta vegada de 1977— del Tribunal Administratiu federal,⁷⁰ es posa de manifest novament la varietat d'interpretacions a què és susceptible la sentència del Tribunal Constitucional federal, tantes vegades ja esmentat, ja que aquell tribunal considera que no solament la pertinença o l'adhesió a un partit amb fins inconstitucionals exclou una possible garantia de lleialtat, sinó que exigeix a més a més que s'han de donar en la persona de l'as-

68. STRONK, op. cit., pàg. 69.

69. Publicada a *NJW*, 1976, pàg. 1708.

70. Publicada a *NJW*, 1977, pàg. 1837.

pirant altres circumstàncies impedièntes, com és la mateixa militància, perquè es pugui deduir i justificar la impossibilitat de mantenir el corresponent deure de lleialtat. En el cas present, per exercir la funció de jutge s'havia d'investigar fins a quin punt la conducta del partit influïa en els seus membres, la qual cosa podia deduir-se, segons el Tribunal, de l'actitud i posició del partit, que pot vincular solament a través de les seves directrius polítiques o exigir contràriament als seus membres una disciplina o lleialtat fèrries.⁷¹

Segons altres decisions dels Tribunals Administratius superiors, s'estima que els estatus del DKP imposen als seus membres "la identificació de les directrius político-ideològiques del partit, l'afirmació dels seus fins i principis, i no una simple participació passiva i indiferenciada dins el partit",⁷² d'on resultava que "el DKP és un partit contrari a la *Grundgesetz*, per la qual cosa la militància en el seu si, així com el fet de formar part en la seva candidatura en les eleccions al *Bundestag* de 1976, justificava els dubtes sorgits entorn de la lleialtat a la Constitució d'una mestra".⁷³

Com es pot observar, es tracta d'un tema controvertit, l'enjudiciament del qual descansa en la prova a realitzar i en els procediments corresponents; es pot dir que l'apel·lació a una forma de lleialtat determinada que encaixés —per què no dir-ho— amb les intencions polítiques dels partits majoritaris, ha estat el denominador comú que inspirà la frustrada reforma de la funció pública el 1973.

Sobre la posició anticonstitucional de molts partits no existeix una opinió uniforme. Les expressions que sovint s'utilitzen per designar una actitud com a adversa a la Constitució, resulten semànticament contestades (*Verfassungsfeinde* o *Verfassungsfeindlichkeit*), ja que a vegades pretenen equiparar-se aquestes al terme inconstitucionalitat (*Verfassungswidrigkeit*), la qual cosa és impròpia, ja que es poden donar actituds contràries o adverses a la Constitució no declarades inconstitucionals pel Tribunal Constitucional federal. El fet que fins ara utilitzéssim l'expressió anticonstitucional per designar les actituds contràries a la Constitució ve provocada

71. Publicada a *NJW*, pàg. 1859.

72. Publicada a *NJW*, 1977, pàg. 1843.

73. Publicada a *NJW*, 1977, pàg. 1840. S'ha de fer notar que el DKP és un partit legalitzat a la RFA que té representació parlamentària, encara que minoritària. El NPD ha estat declarat inconstitucional per decisió B Verf GE 40,287,293.

per la dificultat de la comprensió del terme, ja que aquest no ve definit legalment (llevat de la rúbrica de l'article 88 del Codi Penal).⁷⁴

Com a resultat de tot això, no podem deixar d'esmentar la transcendència que té el procediment i la declaració de suficiència del deure de lleialtat a la Constitució. Aquest procediment, pràctica comuna inspirada en les directrius que culminaren per resolució del Bund i dels Länder amb majoria SPD/FPD el 1975-76, que es dictaren per omplir el buit que deixava el rebuig a un projecte de llei de regulació de la lleialtat constitucional presentat pel Govern i el Bundesrat 1974/75, és seguit exclusivament contra aquells en qui s'adverteixen seriosos dubtes entorn del seu comportament de lleialtat; es compon d'una informació prèvia o enquesta, i d'un tràmit de vista a l'interessat que ens mena a la notificació⁷⁵ per escrit, degudament motivada, de la negativa o rebuig a ingressar a la funció pública si els dubtes entorn de la seva lleialtat resultessin insuperables.

74. F. VOGEL-R. ANNECKE, "Zur Verfassungsfeindlichkeit politischer Parteien", dins *Verfassungsfeinde...*, op. cit., pàg. 100.

75. Les xifres provenen de H. RECKERS, "Wie wird die Verfassungstreue geprüft?", dins *Verfassungsfeinde...*, op. cit., pàg. 138.

<i>Rechtsextremisten</i>			
	BUND	LÄNDER	GEMEINDEN
1975	318	207	86
1976	261	180	63
1977	223	146	63
<i>Linksextremisten</i>			
	BUND	LÄNDER	GEMEINDEN
1972	235	695	236
1973	246	791	240
1974	258	911	205
1975	256	1.117	325
1976	266	1.294	345
1977	288	1.550	398

Pertinença a la funció pública de militants de partits "extremistes" de dreta o d'esquerra.

Dels procediments seguits per decidir la lleialtat constitucional ⁷⁶ se'n dedueix que no és una xifra insignificant la que resulta de les proves corresponents, tant pel que fa a pertanyents a grups "extremistes" de dreta com d'esquerra. En els moments actuals, el procediment a aplicar és el modificat per resolució de 17 de gener de 1979, la redacció originària de la qual, de 19 de maig de 1976, es titulava *Grundsätze für die Prüfung der Verfassungstreue*.

Mentre que la pertinença a grups "extremistes" de dretes descendeix, el d'esquerres ascendeix; s'ha passat, de 1972 a 1978, de la xifra de 1.116 a la de 2.236. El nombre més gran es troba en els Länder a causa de la particular estructura de l'Estat federal, i, dins d'aquests, en els llocs d'ensenyament.

Possiblement semblarà exagerat, i potser ho és, el procediment que s'ha de seguir, almenys pel que fa referència a les xifres, i a les cauteles que s'han d'adoptar en acceptar l'ingrés de personal al servei públic. No s'ha de separar, repetim, la qüestió del seu context històric, ni tampoc no s'ha d'observar exclusivament des de la perspectiva estricta de la funció pública, sinó des del paper que aquesta exerceix en l'ordre de poders de l'Estat i en la realitat constitucional. Resulta, però, difícil (sempre segons la sensibilitat de l'observador) concloure que tots aquests procediments de cautela i prova són exclusivament manifestació de la defensa de la Constitució.

76. Dades del període comprès entre l'1 de gener de 1973 i el 30 de juny de 1975 recollides pel Departament d'Interior i referides a Federació i Estats.

	<i>Enquestes</i>	<i>Reconeixements</i>	<i>Denegacions</i>
Bund	32.000	445	8
Bad-Württ	70.000	487	50
Bayern	55.000	342	23
Bremen	20.000	421	15
Hamburg	40.000	103	29
Hessen	50.000	970	26
Niedersachsen	28.000	249	16
Nordrh-Westf	84.000	523	30
Rheinl-Pfalz	2.500	131	22
Saarland	6.000	34	—
Schleswig-Holstein	20.000	173	16
Berlin	—	—	—
TOTAL	430.000	3.878	235

El Congrés de Professors de Dret Polític de parla alemanya, que se celebra anualment, dedicà una de les ponències de la seva sessió de 1978 a l'estudi de la protecció i lleialtat de la Constitució;⁷⁷ el contingut de les ponències i la discussió posterior tractaven del problema que ara ens ocupa pel que fa a la funció pública. Les tesis que els ponents plantejaren es poden resumir de la manera següent.

Objectius de la protecció constitucional són l'ordre fonamental de les llibertats democràtiques i la integritat i la seguretat de la Federació i dels Estats. Protegir la Constitució és deure de totes les organitzacions estatals i d'aquells que en formen part, i la competència que a l'article 43.1 de la Llei del Tribunal Constitucional federal s'atorga als òrgans constitucionals per procedir a la prohibició d'un partit polític, suposa l'exercici d'una potestat discrecional, que en determinades circumstàncies no deixa pràcticament lloc al seu exercici. Les lleis de funcionaris concreten en cada cas el deure de lleialtat d'aquests de cara a la Constitució segons el manament d'aquesta, que exigeix, més que indiferència o distànciament, el reconeixement a l'Estat i a l'ordre constitucional; aquest deure de lleialtat és aplicable a tots els funcionaris, fins i tot a aquells que desenvolupin tasques de caràcter científic, ja que la llibertat d'ensenyament no està investida de cap privilegi.

Després d'aquesta enumeració i d'aquestes condicions de la lleialtat a l'ordre constitucional, expressades per la doctrina més acreditada, sobren potser els comentaris. Amb tot això es manifesta la intensitat amb què la lleialtat constitucional del funcionari pot col·laborar a la protecció de l'ordre de llibertats democràtiques, ja que el deure de lleialtat és precepte de Dret constitucional imperatiu,⁷⁸ fins i tot quan, insistim, no deixen de sentir-se crítiques dirigides a rebutjar la vinculació interna —podríem dir fins i tot ètica— del funcionari amb l'Estat, i la necessitat de la seva identificació amb la Constitució,⁷⁹ per la semblança i la comparació que es podria establir amb els temps del nacionalsocialisme. Ara bé, la justificació que la lleialtat a la Constitució és conseqüència de la defensa d'un

77. E. DENNINGER - H. H. KLEIN, *Verfassungstreue und Schutz der Verfassung*, VVDStRL, núm. 37, 1979.

78. B Verf GE 46,43,55.

79. B Verf GE 39, 334, 348; W. BÖCKENFORDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978.

ordre de llibertats democràtiques, sembla allunyar la comparació i el temor en què els termes d'aquesta es plantegen. La lleialtat a la Constitució serveix per reforçar les llibertats —es diu—, no per destruir-les.⁸⁰

Una altra opinió, en canvi, considera que qualsevol funcionari ha de demostrar en el seu ingrés que és apte per exercir la tasca que se li encomana, per la qual cosa, de la mateixa manera que demostra la seva aptitud per a la carrera, ha de mostrar la seva aptitud respecte a la custòdia de l'ordre constitucional. No han de jugar les presumpcions ni en favor ni en contra de la seva lleialtat; de la mateixa manera que no han de jugar les suposicions per demostrar les seves aptituds físiques.⁸¹

De les situacions exposades a favor i en contra de la rígida lleialtat a la Constitució continua sempre latent la qüestió de si és causa suficient per denegar l'ingrés a la funció pública el fet de pertànyer a organitzacions que no han estat contràries a la Constitució i prohibides en la seva conseqüència, i la de si n'hi ha prou amb el coneixement i la formació política i cultural de les autoritats que han de jutjar l'aspirant, per decidir sobre metes, propòsits i programa d'un partit o organització concret, i, en conseqüència, també denegar l'ingrés del candidat conforme als propis criteris. El deure de lleialtat i de neutralitat dels funcionaris és una bona mostra que els aspectes transcendents de la funció pública estan sotmesos no al Dret administratiu, sinó al Dret constitucional.⁸²

Acabarem amb l'advertència que la present qüestió no està exempta d'hipocresia, ja que la decisió del Tribunal Constitucional federal sobre els "extremistes" dins la funció pública és adequada o inadequada segons aquells que la jutgin, encara que la jutgin negativament, sempre que aquesta sigui vàlida per oposar-la davant d'aquells que s'oposen a la seva posició, partit, o militància política.⁸³

80. R. DREIER, "Verfassung und Ideologie", dins *Gedächtnisschrift für F. Klein*, 1977, pàgs. 86-90.

81. K. LANGE, "Radikale im öffentlichen Dienst", *NJW*, 1976, pàg. 1809.

82. W. SCHEERBARTH - H. HÖFFKEN, *Beamtenrecht*, 1985, 5.^a ed., pàg. 63, al peu de la pàgina 7: B Verf GE 39, 334 de 22 de maig de 1975; també de 29 d'octubre de 1975 i 5 de maig de 1977; H. D. WEISS, a *DöV*, 1980, pàg. 616.

83. I. VON MÜNCH, "Öffentlicher Dienst", dins *Besonderes Verwaltungsrecht*, 7.^a ed., 1985.

Que la sentència referida no és grata a la pràctica majoria doctrinal, i que provoca innumbrables decisions judicials, és una qüestió generalment admesa. La constitucionalitat de la qüestió i, paradoxalment, de les tesis que el Tribunal Constitucional federal va establir, és rebutjada des de totes bandes. D'una part se li imputa que xoca frontalment amb els articles 3.3, 5.1, 21.2, 1 i 33.2 GG; de l'altra la suposada inconstitucionalitat ja referida pretén fonamentar-se en el fet que la protecció essencial de la funció pública davant de l'ingrés dels "enemics de la Constitució" ha deixat d'estar prou garantida a causa de la decisió del Tribunal.⁸⁴

VI. INTERPEL·LACIÓ FORMULADA EL 18 DE JUNY DE 1985 AL GOVERN FEDERAL EN EL BUNDESTAG

La qüestió del deure de lleialtat continua viva el 1985. En el diari de sessions del *Bundestag*, desè període legislatiu, es publicava la resposta del Govern federal a la interpellació formulada per la fracció dels "verds" entorn de la prohibició d'ocupació a la RFA. El ministre d'Interior encarregat de respondre en nom del Govern efectuà les precisions corresponents que potser és oportú, en part, recollir. Aquests van ser els arguments que es digueren:

- A la RFA no existeix prohibició d'ocupació en el servei públic per als radicals. Ni la *Grundgesetz* ni les lleis sobre la matèria estableixen cap prohibició. Però qualsevol que vulgui servir l'Estat no pot atemptar contra ell ni contra el seu ordre constitucional. El funcionari està obligat a observar lleialtat a la Constitució segons l'article 33.5 GG i la responsabilitat de comprovar aquesta lleialtat correspon al Bund i als Länder sobre la base de la seva respectiva autoritat en matèria de personal.
- Sobre 66.997 llocs de treball de l'Administració del Bund es denegaren el 1976 quatre ingressos; el 1977, sobre 77.862, solament un, i des del 1980 fins al 1984, cap. Els esmentats casos van ser denegats perquè no complien amb les condicions dels principis per a la comprovació de la lleialtat constitucional aprovats el 17 de gener de 1979.

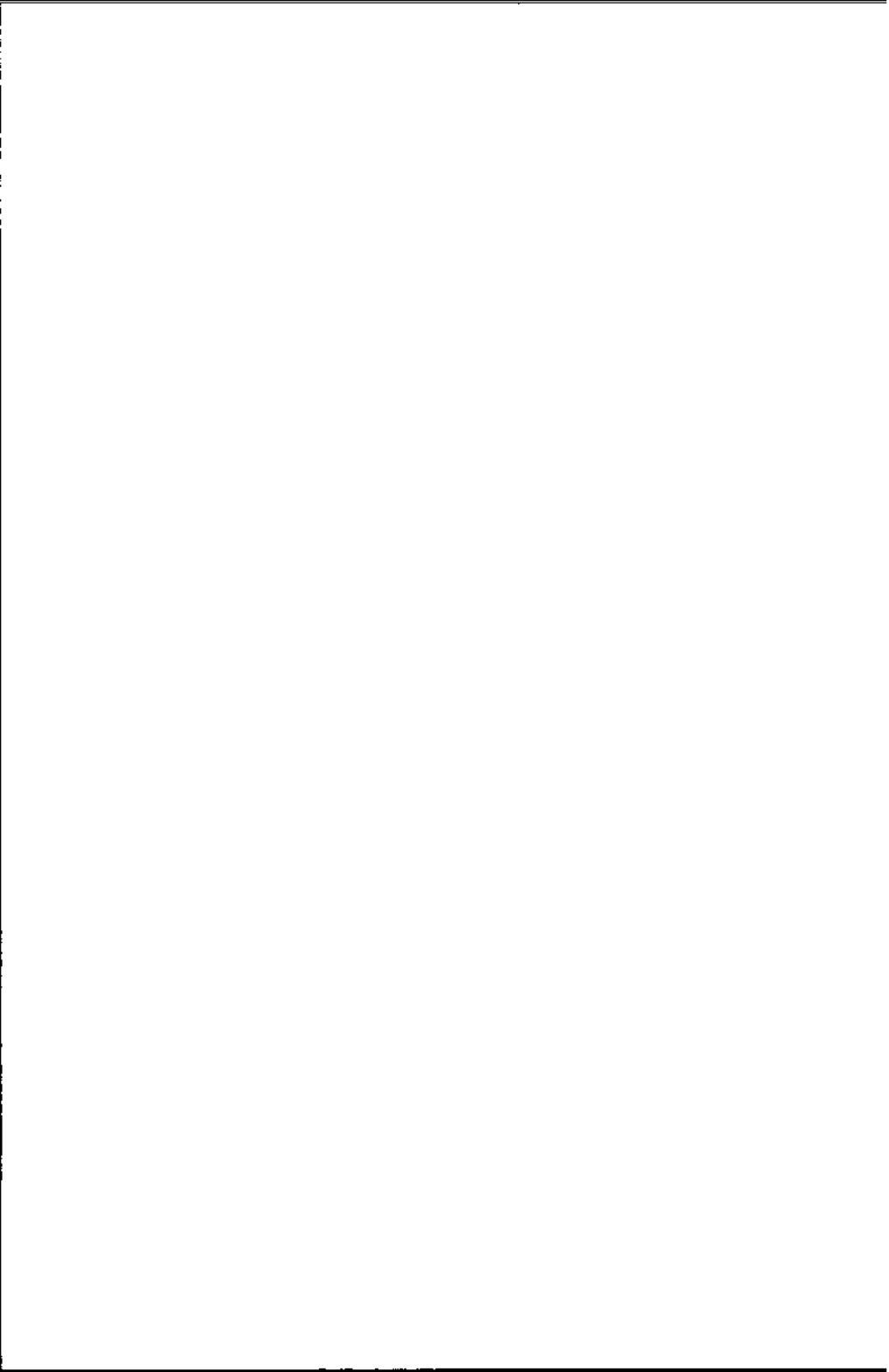
84. G. ARNDT, *ZBR*, 1975, pàg. 33.

- A la RFA van ser separats del servei un funcionari de carrera i dos empleats per comportaments contraris a la Constitució el 1981; el 1984 foren separats un funcionari de carrera i un funcionari en període de pràctiques.
- Entre la decisió del Tribunal Constitucional federal de 1975 i l'any 1981 no va ser cessat cap funcionari pel fet de mantenir comportament deslleial.
- El Govern no ha pensat, en el futur, sotmetre la lleialtat dels funcionaris a proves de caràcter regular i periòdic; solament en comptades ocasions ha retret comptes del resultat del procediment obert, tant per a aquells a qui aquest fou positiu com per a aquells a qui resultà negatiu.
- El 1980 s'obriren 25 expedients; el 1981, 28; el 1982, 23; el 1983, 6, i el 1984, 3. Solament en aquests casos s'ha remès les actuacions al *Bundesamt für Verfassungsschutz*.
- A la qüestió de si el Govern era conscient que els Länder d'Hessen, Nordrhein-Westfalen, Hamburg i Bremen apliquen unes altres mesures per comprovar la lleialtat constitucional, es contestà que la *Grundgesetz* i la jurisprudència del Tribunal Constitucional federal serveixen d'igual manera i amb la mateixa vigència en el Bund i en els Länder. El Govern no ha de jutjar de quina manera els Länder apliquen un procediment que es pot fer valer de manera diferent en el territori de l'Estat.



CAPÍTOL TERCER

Competències legislatives en el Dret de la funció pública; legislació aplicable



I. COMPETÈNCIES LEGISLATIVES SOBRE FUNCIÓ PÚBLICA

A causa de l'estructura federal d'Alemanya Occidental, la competència legislativa en les matèries sobre funció pública pertanyen als Estats membres i a la Federació, segons l'article 70 GG; en l'exercici de les seves competències, els Estats estan obligats constitucionalment a mantenir un comportament que tingui en compte en qual-sevol moment els interessos de la Federació. Aquesta actitud s'ha adoptat, segons el Tribunal Constitucional Federal, com una conseqüència directa del principi de l'Estat federal reconegut a l'article 20.1 GG.

En l'exercici de les seves competències els Länder s'han de moure en l'espai que atribueix i marca l'ordenament jurídic, de manera que s'eviti el perjudici dels interessos de la Federació o dels altres Länder; i de manera positiva, l'exercici de les competències tindrà en compte els interessos dels restants membres, evitant conductes antisolidàries (B Verf GE 34, 9, 44; 34, 216; 231).

La Federació té competències legislatives sobre funció pública per a les matèries i els supòsits següents:

- La regulació de les relacions jurídiques del personal al servei del Bund o de les seves corporacions jurídic-públiques, segons l'article 73.8 GG.
- La regulació dels sous i l'assistència social dels membres del servei públic que es troben en una relació jurídica de servei i lleialtat segons l'article 74.a GG.
- La formació integral dels funcionaris de la Hisenda pública, segons l'article 108.2.2 GG.

- La regulació del règim dels funcionaris separats dels seus càrrecs, d'acord amb l'article 131 GG (funcionaris anteriors al 8 de maig de 1945).
- La regulació de les limitacions del dret d'elegibilitat en les eleccions al *Bundestag*, dels funcionaris del Bund, dels Länder i dels municipis, segons l'article 131.1 GG.

Per altra banda, el Bund té també la competència per dictar lleis marc, segons l'article 75.1 GG, que regulin les relacions jurídiques de les Corporacions de Dret públic existents, tant en els Länder com en els municipis. Les referides lleis marc poden contenir preceptes d'aplicació indirecta, que estableixin directrius per a la legislació dels Länder, encara que estiguin mancats de força normativa directa davant dels funcionaris, i fins i tot, de manera excepcional, preceptes d'aplicació directa per part d'aquests.

No obstant això, la competència legislativa dels Länder ha de romandre inalterable. La Federació pot establir solament el marc a través del qual desenvoluparà posteriorment el Land la seva pròpia competència legislativa; per això els preceptes marc, si bé no en totes les seves determinacions, si almenys com un tot, han de ser acomplerts i observats per la legislació dels Länder;⁸⁵ a aquests els resta encara la regulació del que sigui la forma substancial o l'estructura essencial de cada matèria (B Verf GE 4, 115, 129; 7, 29, 41; 8, 186, 194; 25, 142, 152).

Des d'aquest altre punt de vista, el dels municipis, convé assenyalar que els seus funcionaris i les relacions jurídiques que afecten aquests, es regulen a través de lleis del legislador estatal, ja que els municipis no tenen competències per dictar preceptes en matèria de funcionaris. Solament els resta competència, en el marc del dret constitucional comunal, per dictar o regular a través d'estatuts o disposicions les seves decisions en matèria de personal, sempre i quan les lleis de funcionaris del Land li deixin àmbit per fer-ho.⁸⁶ L'article 28.2.1 GG atorga als municipis la responsabilitat

85. Neiss, "Voraussetzungen, Inhalt und Grenzen einer beamtenrechtlichen Rahmengesetzgebung", *ZBR*, 1954, pàg. 38; Geib, "Zur beamtenrechtlichen Rahmengesetzgebung des Bundes", *ZBR*, 1954, pàg. 130.

86. El dret a la *Selbstverwaltung* dels municipis i agrupacions (art. 28.2 GG i art. 78.1 de la Constitució de Nordrhein-Westfalen) comprèn solament l'autoritat en matèria de personal, és a dir, disposar dels efectius necessaris per al com-

per actuar conforme als seus interessos solament "d'acord amb les lleis". Aquesta reserva, segons l'opinió majoritària, significa que el legislador podria, fins i tot, impedir que els municipis dictessin disposicions necessàries en assumptes de la seva pròpia responsabilitat (B Verf GE 1, 17, 75; 7, 364). De la mateixa opinió són Maunz-Dürig, article 28, Rdn, 33; això només es pot produir, i només seria lícit, quan romangués inalterable el nucli essencial de l'autonomia local (B Verf GE, 1, 178; 7, 364; 8, 359). Al nucli essencial de l'autonomia local pertany, sobretot, el règim del seu personal o *Personalhoheit*, que no pot eliminar de cap manera als municipis, i solament en casos excepcionals solen tenir limitacions.

Expressats en els termes a què estem habituats en l'Estat autònom, podríem classificar les competències descrites en competències exclusives, concurrents i legislació marc, partint de l'afirmació que a la RFA la competència legislativa en matèria de funció pública està repartida entre la Federació i els onze Estats membres, de manera que, segons l'article 70.1 GG, els Länder gaudeixen de la competència legislativa en tant que la *Grundgesetz* no atribueixi les competències legislatives a la Federació; es pot dir, doncs, que les seves competències legislatives són de naturalesa triple.

1. *Competències exclusives de la Federació*

La competència exclusiva del Bund s'estén a la legislació reguladora de les relacions del personal al servei del Bund i de les seves corporacions jurídicopúbliques.

També és competència legislativa exclusiva del Bund la regulació del dret de representació del personal del servei públic, en tant que aquest afecta el personal de la Federació o persones jurídicopúbliques dependents d'ell (B Verf GE, 7, 120, 127).

2. *Competències concurrents de la Federació*

La competència legislativa concurrent del Bund s'estén a les retribucions i l'assistència social dels qui formen part del servei

pliment de les seves funcions, tant en el que afecta la seva col·locació com en el seu comiat. Aquestes decisions s'han d'adoptar, però, en el marc dels preceptes legals als quals estan vinculades. Per això es pot dir que, en matèria de personal, la sobirania dels municipis està limitada.

públic sota relacions jurídiques de servei i lleialtat sotmesos al Dret públic (art. 33.4 GG), sempre que no s'atribueixi a la Federació, segons l'article 73.8 GG, la competència exclusiva.

Després de la reforma de l'article 74.a GG, de 21 de març de 1971, s'ha pogut possibilitar la unificació i modificació del sistema de retribucions i prestacions tant per al Bund com per als Länder.

3. Competències marc de la Federació

Les competències per dictar normes de caràcter marc per ser observades pels Länder, municipis i altres corporacions de Dret públic dependents d'ells, es poden exercir segons l'article 75.1 GG, sota les condicions que assenyala l'article 72.2 i en tant que l'article 74.a també de la *Grundgesetz* no determini una altra cosa.

Com ja se sap, la necessitat de la legislació marc l'estableix l'article 72.2 GG quan:

- Un assumpte no pugui ser regulat de manera efectiva per la legislació dels Estats membres.
- La regulació d'un assumpte per llei del Bund pugui afectar els interessos d'altres Länder o els interessos generals.
- El manteniment de la unitat jurídica o econòmica ho requereixi, i especialment el manteniment de condicions de vida uniformes més enllà del territori d'un Estat.

Solament quan s'apreciïn aquestes circumstàncies, el Bund pot dictar preceptes marc a manera de directrius legislatives per als Länder, i, fins i tot, preceptes directament aplicables (B Verf GE 4, 115, 128). En funció d'això, els articles 1 a 120 BRRG són preceptes marc per a la legislació dels Länder, a través del desenvolupament dels quals els Länder han d'observar en matèria de funció pública els interessos generals tant del Bund com dels altres Länder; tal com va determinar el Tribunal Constitucional federal, l'esmentada BRRG es compon de preceptes destinats a ser observats per la legislació futura dels Länder i de preceptes que contenen normes directament aplicables tant a les Administracions respectives com als seus funcionaris.

Una altra de les matèries regulables a través de llei marc és la de la representació del personal de les Administracions dels Länder, segons determinà la jurisprudència del B Verf GE (7, 120, 127 i 9, 268, 288).

Com a dada aclaridora dels qui són els destinataris de les normes en qüestió, quan fem referència als funcionaris de la Federació o dels Estats membres, hem d'assenyalar el següent:

- S'entén per funcionari del Bund aquell qui presta serveis en algun dels seus òrgans, entitats, institucions o fundacions de Dret públic, sota relació jurídica també de Dret públic.
- S'entén per funcionari del Land aquell qui presta serveis en algun dels seus òrgans o de les persones jurídiques sotmeses a tutela.
- I s'entén per funcionari local aquell qui presta serveis en els municipis, corporacions o institucions locals.

II. EL DRET VIGENT SOBRE FUNCIÓ PÚBLICA

A causa del funcionament de l'estructura legislativa federal, el Dret de la funció pública es pot observar tant des de la tendència unificadora, a la qual indubtablement s'ha dirigit i continua tenint la seva legislació, com des de la conservació de les peculiaritats pròpies, sempre que aquestes no contradiguin o perjudiquin els interessos generals, o la pròpia tendència cap a la unificació del Dret aplicable.

D'acord amb tot això, podem distingir un ordenament aplicable a tota la funció pública, o millor encara, a tots els funcionaris públics, una sèrie de normes aplicables als funcionaris del Bund, i normes aplicables als funcionaris dels Länder i a les persones jurídico-públiques sotmeses a tutela.

Per completar el quadre anterior hem de distingir, a més a més, entre els preceptes destinats a regular la funció pública en sentit estricte, i aquells que, regulant uns altres sectors o àmbits del Dret, es consideren rellevants o poden tenir significació en les relacions de funció pública, dels quals, com és lògic, en destacarem només aquells que gaudeixin de més transcendència.

En general podem dir que el Dret de la funció pública de la Federació, Estats membres i municipis constitueix una unitat. Aquest assoliment —a la vegada que principi— no s'assegura exclusivament a través de preceptes continguts a la *Grundgesetz*, sinó que es concreta a través de tota una legislació específica que desenvolupa la matèria, principalment de caire federal, que no exclou

la legislació específica dels Länder, els quals, en qualsevol cas, han d'atenir-se als interessos comuns, quan exerceixin la potestat legislativa, segons manament de l'article 1 BRRG.

A l'hora de classificar la legislació vigent en la matèria d'allò que es pretén efectuar, de manera que pugui oferir una orientació de com s'acobla la unificació de regulació amb les legislacions dels Länder —sense pretendre d'esgotar el repertori legislatiu sobre el tema—, haurem de distingir entre el que constitueix l'ordenament federal dels funcionaris que regula les relacions de tots els funcionaris al llarg de tot el territori federal, independentment de l'Administració a la qual serveixen, i el que constitueix l'ordenament dels funcionaris del Bund en qualsevol dels seus òrgans. Paral·lelament insertarem el que constitueix la legislació específica dels Länder.

1. Ordenament federal de la funció pública

a) Legislació unificadora

La legislació unificadora de totes les relacions, independentment de l'Administració amb què es constitueixin, està composta per les disposicions següents:

- Capítol II de la *Beamtenrechtsrahmengesetz* (BRRG) en la seva redacció de 3 de gener de 1977.
- Capítol II de la *Bundespersonalvertretungsgesetz* (B Pers VG), de 15 de març de 1974, modificada el 10 de maig de 1980.
- *Bundesbesoldungsgesetz* (BBesG) en la seva redacció de 13 de novembre de 1980, modificada el 21 de desembre de 1981; article 1 de l'*Haushaltstrukturgesetz* de 22 de desembre de 1981 (HStrukG).
- *Beamtenversorgungsgesetz* (Beamt VG) de 24 d'agost de 1876, modificada pels articles 2.1 i 3.2 de la HStrukG de 22 de desembre de 1981.
- *Urlaubsgeldgesetz* (Url GG) de 15 de novembre de 1977, modificada per la llei de 4 d'agost de 1980.
- Llei sobre *Vermögenswirksame Leistungen für Beamte, Richter, Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit* de 23 de maig de 1975, modificada el 16 d'agost de 1980.

- Llei sobre *Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 GG fallenden Personen*, de 13 d'octubre de 1965, modificada per l'article 4 de la HStruktG de 22 de desembre de 1981.
- Llei sobre *Wiedergutmachung nationalistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes* de 15 de desembre de 1965, modificada per l'article 5 de la HStruktG de 22 de desembre de 1981.
- Disposicions federals sobre la preparació i formació de funcionaris del Bund i dels Länder: *Steuerbeamten Ausbildungsgesetz* (StBAG) en la seva redacció de 14 de setembre de 1976; *Ausbildung und Prüfungsordnung für die Steuerbeamten* (StBAPO) de 21 de juliol de 1977; *Rechtspflegergesetzes* de 5 de novembre de 1969, modificada el 18 de juny de 1980; *Deutsche Richtergesetz* (DRiG) de 19 d'abril de 1972, modificada per llei de 16 de juny de 1980, que, a més a més del règim aplicable als jutges, regula en el seu article 5 les condicions d'adquisició de l'habilitació per cursar a l'ingrés al cos superior de l'Administració.

Les disposicions que a continuació assenyalen constitueixen legislació sectorial, encara que aplicable en diversos dels seus aspectes als funcionaris públics:

- *Strafgesetzbuch* (art. 11; 194.3; 97.2; 120.2; 133.3; 201.3; 203.3; 258; 340; 331 i ss.
- *Bundeskindergeldgesetz* (BKGG) en la seva redacció de 31 de gener de 1975, modificada el 22 de desembre de 1981.
- Llei de 12 de desembre de 1973 sobre *Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure, und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit*.
- *Arbeitnehmererfindungsgesetz* de 27 de juliol de 1957, modificada el 4 de setembre de 1967.
- Llei sobre *Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft* (*Schwerbehindertengesetz*) en la seva redacció de 8 d'octubre de 1979, modificada per l'article 6 de la HStruktG de 22 de desembre de 1981.
- *Soldatenversorgungsgesetz* en la seva redacció de 9 d'octubre de 1980, modificada per l'article 3 de la HStruktG, de 22 de desembre de 1981.

- *Arbeitsplatzschutzgesetz* (Arb PISch G) en la seva redacció de 14 d'abril de 1980; *Zivildienstgesetz* (ZDG) en la seva redacció de 7 de novembre de 1977; *Eignungsübungsgesetz* de 20 de gener de 1956, modificada el 23 de desembre de 1977.
- *Gesetz über den Zivilschutz* de 9 d'agost de 1976 (que regula les relacions jurídiques del funcionari com a col·laborador en la protecció civil).
- *Entwicklungshelfer-Gesetz* de 18 de juny de 1969.
- *Abgeordnetengesetz* (Abg G), llei sobre relacions jurídiques dels membres del *Bundestag* de 18 de febrer de 1977.
- *Deutscher Richtergesetz* (DRiG) en la seva redacció de 19 d'abril de 1972, modificada per la llei de 16 de juny de 1980 (incompatibilitat de l'activitat de funcionari i exercici del càrrec de jutge com a professió principal).
- BGB, article 570 (*Mietkündigungsrecht* dels funcionaris davant els trasllats).
- *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* en la seva redacció de 3 de febrer de 1971, modificada el 24 d'agost de 1976, article 90 sobre interposició del recurs d'empara i el 16 de desembre de 1985.
- *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) de 21 de gener de 1960, articles 22.4 i 52.4 sobre designació de funcionaris com a jutges honorífics i sobre les vies processals per recórrer en la relació jurídica d'ocupació pública.
- *Bundeszentralregistergesetz* (BZRG) en la seva redacció de 22 de juliol de 1976, modificada per l'article 5 de la llei de 8 de desembre de 1981.
- Llei sobre *Titel, Orden und Ehrenzeichen*, de 26 de juliol de 1957, modificada per llei de 2 de març de 1974; el seu article 5 permet l'acceptació de distincions estrangeres solament amb l'autorització del president de la Federació.
- Les disposicions sobre seguretat social —*Angestelltenversicherungsgesetz* (AVG), *Reichversicherungsordnung* (RVO), *Krankenversicherungs - Kostendämpfungsgesetz* (KVKG)— són aplicables entre d'altres a les prestacions, seguretat social, malaltia i rendes dels serveis públics.

b) Ordenament aplicable exclusivament als funcionaris de la Federació.

La llei orgànica dels funcionaris del Bund i d'aquells integrats en les persones jurídiques de dret públic sotmeses a la seva inspecció és la *Bundesbeamtengesetz* (BBG) en la seva redacció de 3 de gener de 1977. Aquesta norma comprèn exclusivament els funcionaris en actiu i els jubilats de les Administracions que es trobin sotmesos a la competència legislativa del Bund, segons l'article 73.8 GG. El punt de connexió dels subjectes als quals es dirigeix aquesta legislació és la Federació a la qual serveixen, a través d'una o altra Administració.

En aplicació de la BBG s'han dictat, abans i després d'aquesta, nombrosos preceptes de caràcter concret, uns relatius a la funció pública, com ara són:

- *Allgemeine Verwaltungsvorschriften*, als articles 35 a 47 BBG, de 30 de juny de 1955.
- *Richtlinien zur Ermittlung des Allgemeinen Dienstalters* (ADA) d'1 d'agost de 1968, modificats el 16 de maig de 1972.
- *Allgemeine Verwaltungsvorschrift* de 25 de setembre de 1969, en la seva redacció de 22 de juny de 1971, i altres de caràcter sectorial que regularan les relacions jurídiques de grups de funcionaris del Bund exclosos de l'aplicació genèrica de la BBG, continguts en nombroses lleis federals.
- Llei sobre *Errichtung und Aufgaben des Bundesrechnungshofes* de 27 de novembre de 1950, modificada per l'article 170 de la llei de 2 de març de 1974.
- *Finanzverwaltungsgesetz* (FVG) en la seva redacció de 30 d'agost de 1971, modificada el 26 de novembre de 1979.
- *Bundesbahngesetz* de 13 de desembre de 1951, modificada el 22 de desembre de 1981.
- *Postverwaltungsgesetz* de 13 de desembre de 1951, modificada el 26 de juny de 1981.
- *Arbeitsförderungsgesetz* (AFG) de 25 de juny de 1969, modificada per l'*Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz* (AFKG) de 22 de desembre de 1981.
- *Gesetz über die Deutsche Bundesbank* de 26 de juliol de 1957, modificada el 23 de maig de 1975.

- Llei sobre la *Bundesanstalt für Flugsicherung* de 22 de març de 1953, modificada el 24 d'agost de 1976.
- *Konsulargesetz* d'11 de setembre de 1974.

Per a tots els funcionaris del Bund són vàlides les normes següents:

- *Bundespersonalvertretungsgesetz* (BPersVG) de 15 de març de 1974, modificada per llei de 25 d'abril de 1975.
- *Bundesdisziplinarordnung* (BDO) en la seva redacció de 20 de juliol de 1967, modificada per llei de 26 de juny de 1978.
- *Erstattungsgesetz* de 18 d'abril de 1937 en la seva redacció de 24 de gener de 1951, modificada per llei de 2 de març de 1974.
- *Bundesreisekostengesetz* (BRKG) en la seva redacció de 13 de novembre de 1973.
- *Bundesumzugskostengesetz* (BUKG) en la seva redacció de 13 de novembre de 1973.
- *Bundeslaufbahnverordnung* (BLV) de 15 de novembre de 1978, modificada el 8 de juliol de 1981.
- Reglament sobre *Arbeitszeit der Bundesbeamten* de 24 d'abril de 1974.
- *Bundesnebenständigkeitsverordnung* (BNEV) en la seva redacció de 28 d'agost de 1974.
- Reglament sobre *Erholungsurlaub der Bundesbeamten und Richter im Bundesdienst* en la seva redacció d'11 d'octubre de 1970, modificada el 24 de setembre de 1980.
- Reglament sobre *Mutterschutz für Beamtinnen* de 22 de gener de 1968, modificat el 18 d'octubre de 1980.
- Reglament per a l'execució de la BBG de 29 de juny de 1937, en la seva redacció de 1950.
- *Beihilfevorschriften für Bundesbeamte* de 17 de juliol de 1971.
- Llei d'incompatibilitats de 23 de maig de 1985 (*Nebentätigkeitsbegrenzungsgesetz*), aprovada el 23 de desembre de 1984.

Són sectorialment d'interès les disposicions següents:

- *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VerVfG) de 25 de maig de 1976, en concret l'article 80.1.3.
- *Verwaltungskostengesetz* (VwKostG) de 23 de juny de 1970.

- *Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG)* de 27 de gener de 1977, modificada per l'article 36 de la llei de 18 d'agost de 1980.
- *Verwaltungszustellungsgesetz (VwZG)* de 3 de juliol de 1952, modificada per llei de 14 de desembre de 1976.
- *Bundeshaushaltsordnung (BHO)* de 19 d'agost de 1969, modificada per llei de 14 de juliol de 1980.
- *Bundesministergesetz* de 27 de juliol de 1971, modificada el 20 de desembre de 1974.
- *Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG)* de 12 d'abril de 1976.

2. Ordenament dels Länder relatiu a la funció pública: la seva concreció a Nordrhein-Westfalen

Evitarem esgotar el lector amb l'ordenament de la funció pública procedent de les fonts normatives diferents de la Federació, concretant un major detall en la legislació de Nordrhein-Westfalen.

Les lleis de funcionaris promulgades pels Länder són les següents:

- BW: LBG de 27 de maig de 1971.
- Bay.: Bayerisches BG de 9 de novembre de 1970.
- Bln.: LBG d'1 de gener de 1972.
- Br.: Bremisches BG de 8 de maig de 1973.
- Hamb.: Hamburgisches BG de 21 de maig de 1974.
- He.: Hessisches BG de 16 de febrer de 1970.
- Nds.: Niedersächsisches BG de 18 de març de 1974.
- NW: LBG de 6 de maig de 1970, en la redacció de maig de 1981.
- RP: LBG de 14 de juliol de 1970.
- Saar.: Saarländisches BG d'1 de setembre de 1971.
- SH: LBG de 10 de maig de 1971.^{86 bis}

86 bis. Comentaris sobre aquesta legislació es troben en les obres següents:

- BW: Bernard/Hoffmann, 1964; Gerhardt/Hahn/Schaufele, 1966;
- Muller/Beck, 1962.
- Bay: Hartinger/Hegemer, 1975; Hepele/Schmidt, 1962; Hartmann/Jansenn, 1972; Leussner/Gerner, 1971.
- Bln: Fisbach, 1954.
- He: Crisolli/Schwarz, 1962.

a) El Dret de la funció pública a Nordrhein-Westfalen el componen les disposicions següents:

- *Landesbeamtenengesetz*, d'1 de maig de 1981, aplicable als funcionaris del Land NW, als municipis i organitzacions municipals de NW i a les persones jurídico-públiques sotmeses a la tutela del Land NW. No resulta aplicable ni als funcionaris de les Esglésies ni de les societats religioses. La LBG de NW conté preceptes d'aplicació general per a tots els funcionaris, de la mateixa manera que conté també preceptes específics aplicables a grups concrets de funcionaris que per les seves funcions concretes queden exclosos de l'àmbit d'aplicació general de la llei.

Classificarem les disposicions que desenvolupen la LBG de la següent manera: disposicions desenvolupadores de caràcter general, disposicions reguladores de les relacions jurídiques de determinat grup de funcionaris i legislació aplicable amb caràcter general als funcionaris del Land NW que, juntament amb la LBG, completen el quadre normatiu sobre la funció pública.

b) Disposicions generals de desenvolupament:

- *Verwaltungsverordnung zur Ausführung des Landesbeamtenengesetzes* de 31 de març de 1981.
- *Verwaltungsverordnung über die Ernennung, die Entlassung und den Eintritt in den Ruhestand der Beamten und Richter im Lande NW* de 2 de juny de 1980.
- *Verwaltungsverordnung zur Regelung des Allgemeinen Dienstalters* de 19 de desembre de 1961.

c) Disposicions específiques per a grups concrets de funcionaris:

- *Gemeindeordnung für das Land NW* d'1 d'octubre de 1979.
- *Kreisordnung für das Land NW* d'1 d'octubre de 1979.

Nds: Kümel, 1965; Sachse/Topka, 1961; Schmidt/Eherentahl, 1067.

NW: Bocalli, 1958; Hildebrandt/Demmler/Balhmann, 1963, Korn/Sielken, 1962.

RP: Grabendorf/Arend, 1962.

SH: Geib, 1956.

- *Landschaftsverbandsordnung* de 12 de maig de 1953, modificada per llei de 15 de maig de 1979.
- *Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit* d'1 d'octubre de 1979.
- *Gesetz über den Kommunalverband Ruhrgebiet* de 28 de setembre de 1979.
- *Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes NW* de 20 de novembre de 1979, modificada el 25 de març de 1980.
- *Gesetz über Fachhochschulen im Lande Nordrhein-Westfalen* de 20 de novembre de 1979, modificada el 27 de juliol de 1981.
- *Schulverwaltungsgesetz* d'1 d'octubre de 1981 (SchVG).

d) Per a tots els funcionaris del Land són aplicables els preceptes següents:

- *Verfassung* (Constitució) del Land NW de 28 de juny de 1950, modificat el 19 de desembre de 1978 (arts. 46.2, 46.3, 58, 80, 8.2, 14.1 i 15).
- *Personalvertretungsgesetz NW* de 3 de desembre de 1974, modificada el 21 de juliol de 1981.
- *Disziplinarordnung des Landes NW* d'1 de maig de 1981.
- *Besoldungsgesetz für das Land NW* de 13 de desembre de 1977, modificada el 24 de novembre de 1981.
- *Landeskreiskostengesetz* d'1 de juliol de 1974.
- *Laufbahnverordnung* de 9 de gener de 1973, modificada el 13 d'octubre de 1981.
- *Nebentätigkeitsverordnung* de 9 de maig de 1967.
- *Verordnung über die Arbeitszeit der Beamten im NW* de 10 de juny de 1976.
- *Erholungurlaubsverordnung* de 22 d'octubre de 1970.
- *Mutterschutz für Beamtinnen im Lande NW* de 22 de gener de 1968, modificada el 18 d'octubre de 1980.
- *Arbeitsschutz für jugendliche Beamte im Lande NW* de 29 de maig de 1979.
- *Beihilfenverordnung* de 27 de març de 1975, modificada el 31 de juliol de 1981.

e) Per acabar, són també destacables disposicions de caràcter especial de NW, els preceptes d'algunes de les quals tenen considerable significació per al Dret de la funció pública. Així són:

- *Verwaltungsverfahrensgesetz NW* de 21 de desembre de 1976.
- *Gebührengesetz für das Land NW* de 23 de novembre de 1971, modificada l'11 d'octubre de 1977.
- *Datenschutzgesetz NW* de 9 de desembre de 1978.
- *Landeszustellungsgesetz* de 23 de juliol de 1957.
- *Landesministergesetz NW* de 23 d'agost de 1975, modificada el 31 de març de 1981.
- *Abgeordnetengesetz NW* de 24 d'abril de 1979 sobre el règim jurídic dels membres del *Landtag*.
- *Kommunalwahlgesetz NW* de 8 de gener de 1979.
- *Landeshaushaltsordnung* de 14 de desembre de 1971.⁸⁷

Comparant la legislació emanada del Bund en exercici de la seva competència, amb la del Land Nordrhein-Westfalen, es pot establir un clar paralelisme entre les matèries que són objecte de regulació tant en un com en l'altre nivell.

Per altra banda, cal destacar el volum normatiu emanat dels òrgans legislatius de NW, que no hem pretès esgotar en la seva enumeració. Tractant-se d'una matèria sobre la qual es pot avui en dia afirmar que hi ha una clara unificació, aquesta unificació, tanmateix, no ha impedit l'exercici d'altres fonts normatives, ni la distinció dels supòsits que són objecte de regulació.

També és cert que, com ja hem posat de manifest, la necessitat d'adoptar mesures de contenció de les despeses públiques —entre les quals es troben, evidentment, les retribucions dels funcionaris— que serveixen a la vegada per dirigir una política econòmica uniforme i coherent, pot arribar a una excessiva concentració legislativa en mans del Bund, en perjudici o detriment de les competèn-

87. Aquestes dades relatives a la legislació, la seva classificació, les dates de promulgació i de modificació, han estat preses de les obres *Beamtenrecht*, publicada el 1985 en la seva cinquena edició per H. W. SCHEERBARTH - H. HÖFFKEN, ed. Reckinger & Co., Siegburg, i "Öffentlicher Dienst", dins *Besonderes Verwaltungsrecht*, de GRUYTER LEHRBUCH, 7.^a ed., 1985, editat per I. VON MÜNCH, a qui correspon precisament la redacció del capítol dedicat a la funció pública.

cies dels Länder. El fet es creu inevitable,⁸⁸ i la solució de la qüestió sembla no tenir una sortida aïrosa.

Malgrat els obstacles constitucionals que la matèria presenta, es discuteix novament en els Länder la possibilitat de sol·licitar del Bund la competència legislativa sobre alguns dels conceptes que componen les retribucions dels funcionaris (*Weihnachtszahlung, Urlaubsgeld*).⁸⁹

Això plantejaria, tanmateix, greus problemes de descoordinació, especialment pel que fa a les diferències de retribucions de funcionaris o empleats o treballadors, els règims salarials dels quals s'estableixen a través dels sindicats amb validesa i vigència per a tot el territori federal, per la qual cosa generalment es predica el manteniment de la competència legislativa salarial a la Federació, segons estableix, per altra banda, l'article 1 de la BbseG per als seus funcionaris i els dels Länder.⁹⁰

III. LES DISCUTIDES I DISCUTIBLES TENDÈNCIES CENTRALITZADORES

Per concloure, farem unes precisions sobre les competències contemplades des del seu aspecte dinàmic, i sobre les tendències més recents de caràcter centralitzador.

L'única competència veritablement concurrent en la temàtica de la funció pública podem afirmar que és la relativa a les qüestions de retribució, assistència i previsió social. Repetidament, però, s'ha plantejat el tema de si l'ampliació de les competències federals

88. Les declaracions del canceller Kohl al *Bundestag* el 4 de maig de 1983 asseveraren que la ferma contenció d'augment de retribucions per a funcionaris i empleats i les disminucions salarials de 1982, no havien arribat a produir els efectes desitjats en la totalitat de la política econòmica.

89. Així ho descriu CLEMENS, a "Rückzug des Bundes aus der Vollkompetenz oder Wende zu aktiver Besoldungspolitik?", *ZBR*, 1983, pàg. 251.

El ministre-president de Baden-Württemberg elevà al *Bundesrat* la proposta de reclamar per als Länder la competència en matèria de retribucions de funcionaris el 24 de novembre de 1982.

90. La manca de modificacions que la legislació de funcionaris ha sofert en la IX legislatura (1981 a 1983) es pot veure a A. CLAUS, "Die Beamtenrechtsgesetzgebung des 9 Deutschen Bundestages von 1981 bis 1983", *ZBR*, 1983, pàg. 109. Totes referides al dret de retribucions. El règim d'incompatibilitats no passà de ser projecte fins al 1985, en què es promulgà (X legislatura).

o l'assumpció de competències legislatives exclusives o concurrents, sota les fórmules de l'article 74 GG, seria o no lícita. Ule assenyala⁹¹ que ambdues qüestions s'han d'observar des de la perspectiva de l'article 79.3 GG, ja que és qüestió fonamental fins a quin punt l'article 79.3 resulta suficient per protegir l'estructura pròpia d'un Estat federal; no s'ha d'oblidar que aquest precepte s'infringiria si la nova legislació alterés l'estructura de repartiment de competències existent entre el Bund i els Länder o la seva col·laboració en la legislació federal. Analitzant aquesta qüestió des del punt de vista de la competència compartida, es pot assenyalar que la hipotètica transformació de les competències sobre funció pública, actualment compartides entre Bund i Länder, en competències exclusives o concurrents del Bund, afectaria l'autonomia legislativa dels Länder. El pas que queda perquè aquesta circumstància es produeixi efectivament no és, per altra banda, gaire gran, contemplat des de la limitació que ja els Länder poden tenir quan el Bund exerceix la seva competència legislativa a través de lleis marc (art. 75.1 GG).

Prosegueix Ule que el Tribunal Constitucional federal ha manifestat repetidament que "l'ordenació de les relacions jurídiques dels funcionaris dels Länder, i en concret la seva retribució, recau especialment en la competència dels Länder" i que "la legislació de les relacions de servei dels funcionaris del Land exterioritza una posició irrenunciable dels Länder davant dels seus funcionaris". Per altra banda, significa "que en l'Estat federal existeix un legítim interès dels Länder per regular el Dret de la seva funció pública, ja que aquesta suposa un element significatiu de l'organització pròpia dels Länder. Es pot afirmar, segons una interpretació constitucional, que els Länder disposen fonamentalment de la llibertat d'ordenar les relacions jurídiques dels seus empleats segons la seva pròpia decisió, especialment pel que fa referència al sou".

Segons les esmentades decisions del Tribunal d'1 de desembre de 1954, una assumpció de competències exclusives o concurrents per part del Bund per regular el dret dels funcionaris dels Länder s'hauria de considerar inconstitucional. El Tribunal Constitucional, segons Ule, no para esment, tanmateix, en la seva argumen-

91. C. H. ULE, "Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts", *Studienkommission...*, op. cit., pàg. 550.

tació, al fet que quan es tracta de lleis de funció pública els Länder s'han de sotmetre no solament als preceptes marc de la Federació (art. 73.1 GG), sinó també als principis tradicionals de la funció pública segons l'article 33.5 GG que troben expressió també en els preceptes marc esmentats. Per tot això, els Länder no han d'ordenar la seva funció pública segons la seva pròpia decisió, sinó sempre amb vinculació i submissió al que preveuen en les lleis marc. La competència o autonomia legislativa dels Länder en aquest camp no existeix veritablement com es dibuixa, ja que expressa una competència formal sense contingut material. D'aquesta manera, la legislació dels Länder ha de concordar en la seva part essencial amb la legislació del Bund en matèria de funció pública, cosa que, per altra banda, el legislador ja ha procurat tenir en compte insertant en l'article 127 BRRG una clàusula de revisibilitat.

Cal fer esment que per tractar objectivament el tema que ens afecta no podem ometre que hi ha una opinió quasi generalitzada que expressa la tendència centralitzadora que en els últims anys s'ha anat produint. L'atracció de la competència legislativa sobre la funció pública cap al legislador federal no es pot ocultar, i tampoc no ens atreviríem a dir que aquest fet es pugui traslladar a qualsevol tipus de competència exercible, encara que es puguin sentir opinions com la de K. Hesse que el 1962 parlava d'un *unitarischen Bundesstaat*.

El Bund ha adoptat repetidament una posició preeminent davant de la legislació concurrent, de manera especial a causa de l'efecte de tancament que segons l'article 72.1 GG (*Sperrwirkung*) es pot produir si aquest procedeix a legislar prèviament. Com a exemples es poden posar, entre d'altres, el de la legislació de la jurisdicció administrativa que ha procedit a unificar les diferents lleis jurisdiccionals existents.

D'altra banda, sovint el Bund ha fet un ús exagerat de l'article 72.2 GG, a través de la interpretació extensiva sobre la necessitat de dictar lleis federals, ja fos perquè un assumpte pogués no ser regulat satisfactòriament per la legislació dels Länder, o bé fos perquè en procedir els Länder a legislar es poguessin lesionar interessos d'altres Estats, la unitat jurídica o econòmica i el manteniment de condicions de vida uniforme.

Des del punt de vista del Tribunal Constitucional federal, l'apreciació de les necessitats descrites anteriorment (article 72.2 GG) "és qüestió discrecional del legislador federal de naturalesa susceptible de ser jutjada, exclosa de la revisabilitat del Tribunal Constitucional".

Des de l'aspecte de la legislació marc no es pot ocultar tampoc que l'exercici d'aquest tipus de competències legislatives ha estat exercit pel Bund de manera intensa —en el cas de la *Beamtenrechtsrahmengesetz*— que veritablement ha deixat poc espai per a l'exercici de les pròpies competències dels Länder, que han quedat, pel que fa a aquesta matèria concreta, visiblement reduïdes. (Si fa no fa, el mateix ha succeït amb la legislació sobre Universitats i Escoles Superiors.) Els Länder, malgrat tot, no s'han de sentir obligats a dictar la seva pròpia legislació després de la promulgació de lleis marc per part del Bund; segons el Tribunal Constitucional federal, aquesta és una decisió que els mateixos Länder han d'adoptar, encara que, com hem tingut l'ocasió de comprovar, no és aplicable al tema de la funció pública, ja que tots els Länder han dictat lleis pròpies per regular la present matèria.⁹²

92. D. MERTEN, "Zentralisation oder Dezentralisation aus des Sicht der Gesetzgebung", dins *Städte und Gemeindebund*, 5, 1980, edit. Deutscher Städte und Gemeindebund, Düsseldorf-Göttingen. Del mateix autor, "Landesgesetzgebungspflichtigen kraft Bundesrahmenrechts?", dins *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, W. de Gruyter, 1984.

CAPÍTOL QUART

La relació jurídica d'ocupació pública



I. SUBJECTES DE LA RELACIÓ JURÍDICA D'Ocupació PÚBLICA

Com ja hem exposat en el moment oportú i ara cal repetir aquí, la relació funcional es configura com una relació de servei i lleialtat sotmesa al Dret públic. El funcionari es troba davant del servei realitzant tasques executives com a òrgan d'una collectivitat instituïda constitucionalment ja sigui en relació mediata o immediata; està sotmès a la competència de direcció dels seus superiors i al poder disciplinari de l'Administració a la qual serveix (*Dienstherr*).

Per tot això es pot destacar que en la relació el funcionari es conforma com a destinatari d'una legislació que li marca un *status* determinat que li correspon com a titular de l'òrgan.

L'opinió que, en un sistema jerarquitzat com és l'administratiu, el funcionari perd la llibertat personal, és criticada en gran manera perquè es considera que no valora prou el concepte de llibertat personal. Scheerbarth-Höffken, en citació de Marcic, admet que les societats estructurades sense ordre jeràrquic ni diferenciació de funcions porten, necessàriament, a la insatisfacció,⁹³ cosa que no exclou que en les que són jerarquitzades s'hagin de tenir en compte mètodes que humanitzin el món del treball i millorin els sistemes de direcció, factors que també en l'Administració de la RFA, com en qualsevol altra, s'han de tenir en compte a l'hora d'una reforma de l'Administració.

93. SCHEERBARTH-HÖFFKEN, op. cit., pàg. 120, citant R. MARCIC, *Vom Gesetzstaat zum Richterstaat*, pàg. 379.

La relació de servei es configura, segons exposarem, com una relació de lleialtat recíproca, no de caràcter material, en el sentit d'intercanvi de béns, sinó en un sentit ideal de vincle personal i que el principi *Treue um Treue* tingués en el seu origen un clar matís contractual, i el sentit actual d'aquesta relació es manifesti i exterioritzi a través de la procura material, retribució i assistència social a què l'Administració està obligada envers els seus funcionaris. L'obligació de lleialtat s'ha d'observar en funció de l'interès general, ja que el deure d'obediència del funcionari està adreçat al compliment de la voluntat estatal.

Passem a examinar separatament la naturalesa, característiques, classificació, etc., dins de la relació de funció pública dels dos subjectes que es configuren.

1. *L'Administració pública i la seva capacitat per ser subjecte de la relació jurídica de funció pública*

La relació d'ocupació pública solament es pot configurar, com és obvi, a través de persones jurídiques públiques. El dret a ser subjecte titular de la relació jurídica pública no el posseeix, però, qualsevol persona d'aquesta naturalesa, sinó tan sols aquella que gaudeixi de capacitat per tenir-lo. Aquells que es trobin en aquesta circumstància poden ser, en termes jurídics, *Dienstherr*.⁹⁴

L'àmbit de les persones jurídico-públiques que poden comptar amb funcionaris és limitat; un límit indirecte el trobem a l'article 4 BBG, quan assenyala que la relació d'ocupació pública sols s'estableix vàlidament per a l'exercici de funcions de sobirania o d'aquells altres que, per motius de seguretat de l'Estat o de la vida pública, no puguin encomanar-se a aquells que es trobin en una relació jurídico-privada. Per aquest motiu, les persones jurídiques que no tenen encomanades aquestes funcions no gaudeixen de capacitat per crear relacions d'ocupació o ser-ne titulars.

L'àmbit de persones jurídiques de Dret públic que posseeixen aquesta capacitat està determinat per l'article 121 BRRG. La norma distingeix entre capacitat per llei, per atribució legal, o per la possessió d'un *status determinat*.

94. *Dienstherr* significa, aproximadament, patró, amo, en termes jurídico-privats. En termes jurídico-públics és expressiu de l'Administració.

La Federació, els Estats membres, els municipis i les agrupacions de municipis posseeixen aquesta capacitat en virtut de l'article 121 BRRG. (A Nordrhein-Westfalen són associacions municipals els districtes i les mancomunitats.)

A altres corporacions, institucions i fundacions de Dret públic se'ls pot atribuir capacitat per llei, per reglament o a través d'estatuts de caràcter estatal.⁹⁵

Les corporacions, institucions i fundacions de Dret públic que l'1 de setembre de 1957 (dia de l'entrada en vigor de la BRRG) posseïen la capacitat esmentada, continuaren mantenint-la després de l'entrada en vigor de la llei.⁹⁶

Suposada la capacitat per establir les esmentades relacions, l'article 3 BBG defineix quines són les situacions a través de les quals l'autoritat de l'Administració es transmet als funcionaris, la qual cosa, amb caràcter general, es realitza a través de l'autoritat superior en matèria de personal, els superiors de personal, i els superiors pròpiament dits.

a) L'autoritat superior en matèria de personal és, per al funcionari, l'autoritat superior de l'Administració en l'àmbit concret de la qual exerceix les seves funcions (article 1 BBG).⁹⁷

En el Bund, l'autoritat superior de personal és l'autoritat federal superior; en l'Administració dels Länder ho és l'autoritat superior del Land a la branca d'administració de la qual pertany el funcionari. L'autoritat superior dels funcionaris municipals o de les agrupacions municipals és l'òrgan representatiu d'aquestes; en

95. Mitjançant llei, amb posterioritat a l'entrada en vigor de la BRRG, s'ha atribuït capacitat per a la relació de funció pública a la *Deutsche Bibliothek*, al *Bundesinstitut für Berufsbildungsförderung*.

96. Mantenen la seva capacitat les institucions següents: *Bundesanstalt für Arbeit*, *Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, *Stiftung "Preussischer Kulturbesitz"*, *Deutsche Landesrentenbank*. Les Esglésies no posseeixen capacitat per ser titulars de relacions d'ocupació, però poden tenir funcionaris que se sotmetin a les lleis eclesials; a aquests se'ls pot declarar directament aplicable, també, el Dret dels funcionaris dels Länder.

97. Alguns funcionaris o grups de funcionaris tenen legalment determinada quina és la seva autoritat superior, com s'esdevé amb els funcionaris del *Bundestag* o del *Bundesrat*, els superiors dels quals són el president del respectiu òrgan. El mateix passa amb els funcionaris del *Bundesverfassungsgericht* o del *Bundesbahn*.

el supòsit de persones jurídicopúbliques sotmeses a la tutela del Land, és l'autoritat que en els seus estatuts es designi com a òrgan superior.

Nombroses resolucions en matèria de personal són atribuïdes per la BBG a les autoritats superiors, com són la revocació d'un nomenament (art. 13.2 BBG), la decisió sobre el compliment de les circumstàncies que motiven la separació (art. 29.1 BBG), decisions sobre el procediment de jubilació forçosa (art. 44.3 BBG), jubilació d'un funcionari a prova per incapacitat per al servei o per altres motius (art. 46.2 BBG), autorització per a la concessió de compatibilitat d'una altra activitat (arts. 64 i 65.3). L'autoritat superior de personal és, per altra banda, l'última instància en els procediments de revisió i reclamació (art. 171 BBG).⁹⁸

Tant en l'Administració dels Länder com en la dels municipis, les autoritats superiors de personal, que són les mateixes que duen la direcció de cada una de les branques administratives, poden delegar la seva competència a d'altres d'inferiors.

b) A través dels superiors i directius de personal es canalitzen totes les decisions sobre funció pública que afecten els assumptes personals dels funcionaris. L'òrgan administratiu al qual està encomanada aquesta competència ve expressat per l'article 3.2 BBG pel que fa a l'organització administrativa de què es tracti. Una determinació exacta de quin és l'òrgan competent està continguda, tanmateix, en aquest precepte.⁹⁹

Mentre que tant en el Bund com en els Länder existeixen diversos superiors de personal, en els municipis ve determinat de manera concreta qui desenvolupa aquesta funció per la legislació de règim local.¹⁰⁰

Al superior de personal li incumbeix l'adopció de les resolucions que afecten els assumptes de la seva competència, les quals s'han d'ajustar als principis que prenen en consideració la dignitat humana, els drets fonamentals i la interdicció de l'arbitrarietat,

98. A Nordrhein-Westfalen no es determinen casuísticament les competències de les autoritats superiors de personal (LBG-NW), llevat de l'última instància en els procediments de revisió i reclamació.

99. A Nordrhein-Westfalen la funció de superior de personal recau en l'òrgan que exerceix les funcions superiors en matèria de personal.

100. A Nordrhein-Westfalen ve determinat per l'article 3.2.1 LBG-NW.

garantint al funcionari la protecció deguda en nom de l'Administració a la qual representa. Per això, aquell que actua en exercici d'aquestes competències ho fa *in Vertretung* de l'Administració; i, quan aquestes funcions es deleguen a altres òrgans administratius, el qui actua en nom d'aquell ho fa per encàrrec (*im Austrag*).

Dins de les funcions atribuïbles als superiors de personal podem enumerar les de supervisar la tramitació de tots els assumptes en matèria de personal i la de reprimir la transgressió d'obligacions, a través d'observacions, advertències, disposicions verbals, sense que es trobin obligats a denunciar a les autoritats penals qualsevol infracció que pogués ser constitutiva d'il·licit penal.

A aquests òrgans els està atorgada la competència disciplinària. Es troben especialitats, per exemple, a Nordrhein-Westfalen, on la competència disciplinària correspon a les autoritats superiors en matèria de personal (art. 3 DO-NW), i on la competència disciplinària municipal l'exerceixen no els òrgans representatius de les corporacions locals, sinó les autoritats encarregades de la inspecció dels diferents serveis.

c) Els superiors en sentit estricte són aquells que poden dirigir els funcionaris en la seva activitat diària de servei. Superior és aquell al qual el funcionari està subordinat; no implica necessàriament que aquell gaudeixi d'un rang jeràrquic superior al del subordinat, ja que no hi ha cap precepte que així ho disposi. Superior d'un funcionari pot ser, fins i tot, un empleat.

En l'Administració del Bund (i en la de Nordrhein-Westfalen), el ministre és el superior dels funcionaris en la seva zona administrativa. La competència per donar les instruccions oportunes als inferiors és un manament imperatiu que resulta indefectiblement del principi de l'Estat de Dret democràtic.¹⁰¹ En determinats supòsits, el ministre pot ser representat pel *Staatssekretär*.

Les lleis de funcionaris regulen, tan sols, les relacions bàsiques entre el funcionari i els seus superiors. Amb caràcter general, el funcionari està obligat a aconsellar els seus superiors, així com a complir les seves instruccions. Els detalls en què es descompon aquesta obligació genèrica es regulen, generalment, en els reglaments i disposicions interns o d'organització. La competència del

101. B Verw GE I, "Wehrdienstsenat", *DVB1*, 1973, pàg. 575.

superior en cada àmbit o cèl·lula administrativa s'esgota amb les instruccions, observacions i advertències que aquest pot dirigir als seus inferiors en la matèria concreta a què es refereix l'activitat administrativa habitual. Tan sols de manera extraordinària es podria estendre al comportament del funcionari en el compliment o incompliment dels assumptes concrets. Tampoc, però, no s'ha de limitar la competència del superior a l'exercici estricte de la inspecció en les matèries concretes de la seva especialitat; tenen l'obligació, en canvi, d'instruir i advertir els seus inferiors entorn dels fins que mouen la seva tasca concreta, i induir-los a actuar en cooperació amb altres serveis de l'Administració; a més a més, han de donar-los l'oportunitat de coparticipar en la direcció de les tasques, i discutir amb ells els problemes que sorgeixin en el transcurs del desenvolupament d'aquestes. En relació amb el principi de la dignitat humana, la tasca més destacable és la de motivar els seus inferiors i cooperadors en la consecució dels fins proposats. (Davant d'aquesta posició, altres sectors d'opinió es manifesten a favor de mantenir en el superior el privilegi de l'atribució del coneixement de tots els assumptes del departament i l'exclusiva direcció d'aquest.) En qualsevol cas, s'assenyala¹⁰² que per a l'exercici d'aquestes funcions existeixen nombrosos mitjans a disposició dels superiors, que es redueixen, en concret, a la transmissió d'informació per ambdues parts. Nosaltres anotarem que es redueix fonamentalment a traslladar les tècniques de cooperació sobre la base de les quals s'han de fonamentar el Dret administratiu actual, que no són sinó les de participació i vocació d'igualtat.

2. *El funcionari i l'exercici de la seva funció. Classes i formes*

Com ja se sap, amb el terme funcionari es designa, en el llenguatge vulgar, subjectes que executen la seva funció en organitzacions privades que no comporten exercici de tasques administratives. En el sentit tècnic amb què aquí s'usa l'expressió, podem definir que funcionari és aquell qui presta serveis en una Administració (amb capacitat per ser titular de relacions de funció pública) davant la qual se situa en una relació jurídic-pública de servei i lleialtat (art. 3.2 BBG). En aquesta relació es troben solament aquells qui,

102. SCHEERBARTH-HÖFFKEN, *Beamtenrecht*, op. cit., pàg. 178.

després de lliurar el document oportú (que almenys ha de contenir l'expressió *unter Berufung in das Beamtenverhältnis*), són nomenats per l'autoritat competent, o aquells qui, segons els preceptes establerts, són elegits pel poble (*Wahlbeamte*).¹⁰³

Al costat d'aquesta definició que descriu el funcionari segons el Dret estatal, hem de situar la de funcionari segons el Dret que regula la responsabilitat. Aquesta categoria perdé la seva utilitat des que entrà en vigor la legislació sobre responsabilitat de l'Estat (*Staatshaftungsgesetz* (StHG)) l'1 de gener de 1982, fins que va ser declarada nul·la el 19 d'octubre de 1982 pel Tribunal Constitucional federal, en considerar la matèria de la competència dels *Länder*, i no del Bund, ja que es tractava de responsabilitat administrativa i no civil. Cal aclarir, encara que breument, l'origen d'aquesta categoria de funcionaris, diferent de la definida legalment.

La responsabilitat de l'Administració en l'ordenament de la RFA venia regulada —i torna a ser-ho en l'actualitat en anul·lar-se la llei que n'intentà la nova regulació— per l'article 34 GG i l'article 839 BGB. L'últim dels preceptes contempla la responsabilitat del funcionari; i el primer, el trasllat a l'Estat de la responsabilitat que a aquell era imputable. En donar-se la circumstància que en l'article 839 BGB s'afudeix al "funcionari", i en l'article 34 GG s'utilitza l'expressió "algú",¹⁰⁴ s'ha d'entendre que aquest *Jemand* és no solament el funcionari públic, sinó també aquell qui actua subjecte a relació jurídicoprivada, ja es tracti de persones físiques o empreses, sempre que la seva actuació sigui imputable a l'Administració pública; això duu com a conseqüència que, a l'efecte de la responsabilitat administrativa, el concepte de funcionari es troba visiblement ampliat en virtut de l'article 34 GG. Aquesta extensió conceptual i

103. Els funcionaris elegits pel poble són el batlle, a Baden-Württemberg; el primer batlle, els sots-governadors i els membres professionals del consell municipal, a Bayern. A Nordrhein-Westfalen el concepte amb què, tant el Dret territorial com el règim local, designen els funcionaris electius és una mica confús, ja que aquests no són elegits directament pel poble, sinó per la representació de les corporacions locals.

104. L'article 34 GG és del tenor següent: "Quan algú, en exercici d'una funció pública que se li confiés, violés els deures que la funció li imposi respecte a un tercer, la responsabilitat recau, en principi, sobre l'Estat o l'òrgan al servei del qual es trobi. En cas d'engany o negligència greu queda reservada la via de retorn. Per a l'acció del rescabament i per a la via de retorn no es pot excloure la via judicial ordinària."

les seves conseqüències haurien d'haver desaparegut si no hagués existit l'obstacle constitucional que impedí la continuïtat de la llei reguladora de la responsabilitat de l'Estat.

Fets aquests aclariments, recollim el fil de l'argumentació per classificar els diferents funcionaris públics segons l'Administració a la qual pertanyen, segons el caràcter de la seva vinculació, segons la seva durada, segons la seva pertinença a un cos o carrera, i segons el seu *status* especial.

a) Segons l'Administració que serveixen, s'ha de distingir els següents funcionaris:

- Al servei del Bund.
- Al servei dels Länder.
- Al servei dels municipis i agrupacions municipals.
- Al servei de les corporacions no territorials, institucions i fundacions de Dret públic.

Com a subcas, hem de contemplar el dels funcionaris directament o indirectament al servei del Bund.¹⁰⁵ En efecte, l'article 2.2 BBG distingeix entre funcionaris al servei directe del Bund o dels Länder, del *Bundestag*, del *Bundesrat*, del *Bundesverfassungsgericht*, de la *Bundesbahn* o del *Bundespost* (art. 176 BBG, 19 Bbahn G, art. 23.1 Postverw G), i aquells altres la relació dels quals es contreu amb institucions, corporacions o fundacions del Bund o Länder (funcionaris del *Bundesbank*, del *Bundesanstalt für Arbeit*).

b) Segons la forma de la seva vinculació administrativa, els funcionaris es classifiquen en funcionaris de carrera i honorífics.

Els funcionaris de carrera són els que han elegit el servei a la col·lectivitat com a objecte de la seva vida professional, posen al servei de l'Administració la seva activitat laboral i perceben, per això, un salari adequat. El principi que el funcionari ha de posar a disposició de l'Administració la seva activitat laboral completa es veu limitat per la denominada dedicació a temps parcial (la qual cosa, com a exemple, es pot dir que va ser introduïda el 1969 a Nordrhein-Westfalen per a les funcionàries, estesa el 1974 també als funcionaris,

105. SCHEERBARTH-HÖFFKEN, op. cit., pàg. 127, distingeix solament els indirectament dependents de Bund; WIESE, *Beamtenrecht*, op. cit., pàg. 57, fa la subdistinció entre els indirectament dependents del Bund o dels Länder.

i generalitzada, posteriorment, a tota l'esfera administrativa). El criteri que induí a l'adopció d'aquesta mesura es degué tant a motius de protecció de la família, com a motius de política d'ocupació.¹⁰⁶

Els funcionaris honorífics són els que realitzen funcions paral·leles, juntament amb les de la seva professió, i es troben en una relació de servei temporalment limitada i revocable. A aquests funcionaris se'ls aplica els preceptes generals sobre la funció pública, encara que a alguns no se'ls pugui aplicar a causa de la seva situació específica. No perceben cap retribució ni assistència; tan sols indemnització per les despeses i desemborsaments realitzats (article 15 BRRG).

c) Segons la durada del vincle, els funcionaris es classifiquen en funcionaris a perpetuïtat, de caràcter temporal, de prova i de règim interí.

— Els funcionaris a perpetuïtat (*auf Lebenszeit*) constitueixen la regla general de les situacions en què es poden trobar amb l'Administració.

El funcionari a perpetuïtat que fa del seu servei a l'Administració la seva única dedicació professional, gaudeix de llarga tradició en l'ordenament que analitzem. La Constitució de Weimar ja l'establia entre els seus preceptes (art. 120.1 WRV); i el dret territorial dels Estats prussians regulava exhaustivament el procediment de separació del seu servei, pel fet de considerar-ho com una circumstància excepcional que trencava la relació a perpetuïtat que lligava

106. Per motius de política familiar es pot permetre a un funcionari la reducció, fins a la meitat, de la seva jornada laboral habitual si fos necessari tenir cura de fills menors de 18 anys, o familiars que convisquin amb ells, circumstàncies que s'han de provar a través dels oportuns certificats mèdics (art. 79 BBG i 85 LBG-NW). L'autorització de la mesura és de caràcter discrecional, i no es pot dir que en l'ordenament positiu hi estigui reconegut com a dret el seu atorgament. Per altra banda, l'òrgan autoritzant ha de valorar les necessitats del servei davant de la petició individual del funcionari. Els motius de política de mercat portaren a valorar el repartiment d'activitats a desenvolupar al servei de l'Administració en un sector en què l'Estat té el monopoli; la consecució d'aquests objectius a través d'una reducció d'hores de treball no provocaria els efectes estimats i contrarestaria el fi desitjat, si juntament amb la reducció d'hores de treball no s'exigís la immediata renúncia a l'exercici de qualsevol altra activitat laboral remunerada. Aquesta circumstància ha plantejat seriosos dubtes entorn de la seva constitucionalitat. M. BENNDORF, "Zulässigkeit der Verhinderung der Aufnahme entgeltlicher Nebenbeschäftigungen durch Teilzeitbeamte", *ZBR*, 1981, 84.

el funcionari (ALR, 1974); en la concepció actual, el principi de carrera, com ja esmentarem, es troba entre els principis tradicionals de la funció pública. Així, doncs, totes les excepcions han de ser interpretades d'una manera restrictiva i s'han de considerar segons el que són.

La situació descrita es troba legalment protegida, ja que, en principi, tan sols finalitza amb la jubilació. Voluntàriament, el funcionari pot sol·licitar la seva fi, i també es pot acabar a través de la separació, si s'incorre en els greus supòsits establerts, únics casos en què es produeix el trencament del vincle existent en contra de la voluntat del funcionari.

— Els funcionaris de caràcter temporal (*auf Zeit*) són els que la funció pública crida per a un temps determinat (art. 5.4 BBG, art. 5.1 LBG-NW). A aquests se'ls aplica la legislació de funcionaris i qualsevol excepció d'aquesta ha d'estar legalment prescrita.

Per a l'Administració del Bund no han estat regulades les relacions jurídiques que es conformen temporalment amb aquests funcionaris. La BBG no exclou, per altra banda, que es puguin dictar normes concretes per a aquests. (A Nordrhein-Westfalen, però, s'han regulat tots els supòsits en què puguin sorgir aquests tipus de funcionaris. Així, per exemple, la relació temporal està prescrita per als funcionaris municipals de caràcter elegible, els funcionaris municipals directius de les branques d'Administració determinades, directors de les cambres agrícoles, quan així s'estableix en els seus estatuts, encarregats territorials per a la protecció de dades, rectors d'escoles superiors d'investigació i d'escoles tècniques superiors, professors de les esmentades institucions universitàries i assistent d'aquestes. Igualment es troba regulat el límit temporal dels mandats.)

— Els funcionaris en règim de prova (*auf Probe*) són aquells que ingressen a la funció pública per complir un temps de prova, després del qual es poden transformar en funcionaris a perpetuïtat (article 5.1.2 BBG); aquesta categoria es configura com una escala necessària prèvia a la conformació de la relació a perpetuïtat (mai de la de caràcter temporal, esmentada anteriorment).¹⁰⁷

107. Hi ha excepcions a la regla general de la no necessitat del període de prova per a l'ingrés a la funció pública en règim temporal. Una el constitueix el règim de Nordrhein-Westfalen per als professors de les escoles científiques superiors als quals se'ls exigeix un període de prova per demostrar les seves aptituds pedagògiques.

La relació jurídica que s'estableix "a prova" es concep per donar a l'Administració la possibilitat de sotmetre a examen l'aptitud, capacitat i professionalitat del funcionari, i de separar-lo de la funció encomanada quan les seves capacitats no siguin les requerides. L'Administració gaudeix, per adoptar la decisió que separa de la funció pública, d'unes àmplies facultats; però no l'aparta, per altra banda, del deure d'assistència al funcionari, per la qual cosa tant el procediment com la decisió s'han de sotmetre a la rigorositat dels actes discrecionals.

La durada del temps de prova la determinen els diferents preceptes que regulen cada una de les carreres concretes. Un cop acabat aquest continua la relació jurídica transformada en relació a perpetuïtat. Per tot això es pot dir que període de prova i relació jurídica a prova no són exactament coincidents.

— Funcionaris en règim interí (*auf Widerruf*)¹⁰⁸ són els qui han d'adquirir la seva capacitat per a una carrera determinada a través d'un període de pràctiques. L'estatut dels funcionaris interins és, en aquests casos, un pas previ per a la relació jurídica a prova i a temps parcial. Solament quan un candidat ha finalitzat el període de preparació i ha superat la prova necessària de la seva capacitat per a la carrera, és possible l'acceptació o ingrés a la relació jurídica a prova. Es pot dir que la situació jurídica del funcionari a prova és més forta que la del funcionari *auf Widerruf*, que pot ser separat en qualsevol moment (art. 32 BBG), tenint, però, en compte que l'Estat de Dret prohibeix l'exercici arbitrari de les potestats de revocació. El funcionari a prova solament pot ser separat contra la seva voluntat si es donen les circumstàncies que estableix l'article 31 BBG.

Després de cinc anys de la relació jurídica a prova aquesta s'ha de transformar en relació a perpetuïtat, si es reuneixen els requisits exigits (art. 9.2 BBG).

Hi ha una altra categoria de funcionaris vertaderament interins, a part de la fins ara referida, corresponent al temps de pràctiques; és aplicable a aquells a qui solament, d'una manera transitòria, s'encomanen funcions administratives.

108. El mot *Widerruf* significa, també, revocació.

d) Segons la seva pertinença a un grup professional determinat, la classificació resulta menys interessant, ja que solament s'ha de tenir en compte la situació i professió del funcionari. En un sistema de quatre graus, els funcionaris es distribueixen en servei subaltern, auxiliar, administrativo-tècnic i superior (*einfacher, mittlerer, gehobener* i *höherer*).

Per a l'ingrés al servei subaltern no cal cap formació tècnica, tan sols haver assistit positivament a una escola del grau d'educació bàsica (*Hauptschule*). Es reconeix el mateix grau després de complir el període de pràctiques.

Per a l'ingrés al servei auxiliar i al servei o funcions de secretaria i inspecció és necessària la titulació en una *Realschule* o l'assistència a una *Hauptschule* i la corresponent formació professional.

e) Segons la seva situació jurídica especial, determinats funcionaris estan subjectes a preceptes que estableixen un règim jurídic concret i específic. Aquests són:

— Funcionaris polítics. Són aquells que compleixen càrrecs per als quals cal una concordança estricta amb els fins i projectes polítics del Govern (art. 31.1 BRRG). Es troben entre l'*status* polític i l'administratiu. La tasca més important que desenvolupen se centra en la preparació de lleis i plans; no es pot dir que funcions executives siguin exercides pels funcionaris polítics, per la qual cosa la seva activitat està dirigida per les directrius del Govern, abans que per les disposicions legals estrictament.

Conseqüència lògica de tot això és la relació de confiança en què es troben davant del ministre o l'autoritat administrativa superior. Poden ser separats en qualsevol moment sense necessitat de manifestar els motius ni les causes per les quals es fa —mai arbitràriament— en cas de ser funcionaris a prova; o fins i tot ser declarats excedents forçosos si es tracta de funcionaris de carrera (article 36.1 BBG).

— Els funcionaris municipals de caràcter electiu són els nomenats per un període de temps determinat que ingressen a l'Administració a través de la resolució corresponent, que en la majoria dels Länder és adoptada pels seus òrgans representatius.

La relació jurídica que es crea a través de l'elecció té un origen històric vinculat profundament amb el dret municipal, i es diu que

s'ha conservat des del segle XII¹⁰⁹ de manera continuada; es pot destacar en aquest punt la legislació prussiana de 30 de juliol de 1899 (*Preussische Kommunalbeamten-gesetz*).¹¹⁰ Aquests funcionaris en els quals convergeixen aspectes polítics i jurisdiccionals romanen en el punt de tensió entre dos camps contraposats: l'Administració central estatal i l'Administració comunal per una banda, i la col·lectivitat representada a través dels òrgans de representació amb el seu corresponent aparell representatiu per una altra.¹¹¹ Malgrat que se'ls apliqui la legislació general sobre la matèria, el seu estatut està profusament influït pels preceptes sobre ingrés, situació i funcions contingudes en la legislació de règim local. Pertanyen, generalment, a la categoria corresponent als funcionaris *auf Zeit*, i no se'ls exigeix, lògicament, un període de prova.¹¹²

— Per acabar, mantenen un règim estatutari diferent, a causa de les especialitats que estableix l'òrgan d'ensenyament, el personal de les Universitats, els professors incorporats a aquestes, i els seus assistents respectius. La competència legislativa per regular el règim del personal de les esmentades institucions pertany als Länder, i s'ha d'ajustar al que assenyalen els preceptes marc de l'*Hochschulrah-mengesetzes* (HRG).

109. HATTENHAUER, *Geschichte des Berufsbeamtentums*, Köln, 1980, pàg.

110. HATTENHAUER, *op. cit.*, pàg. 19.

111. SCHEERBARTH-HÖFFKEN, *op. cit.*, pàg. 136, assenyala que el Tribunal Constitucional federal ha recollit l'existència de principis tradicionals de la funció pública de caràcter especial aplicables a la situació en què es troben aquests funcionaris (B Verf GE 7, 163; 8, 351). El legislador gaudeix, davant la regulació d'aquest règim de funcionaris, d'una llibertat de configuració encara més gran de la que tenen els funcionaris no electius.

112. Els funcionaris municipals electius són nomenats a Nordrhein-Westfalen per la corresponent corporació representativa, i aquesta decisió entorn de l'aptitud del candidat, que es mou generalment en un ampli espai de decisió, està vinculada als preceptes de la legislació local que regulen l'aptitud i la capacitat, i no als preceptes genèrics sobre la carrera continguts a les lleis estatals. La relació que es crea no es fonamenta, tanmateix, en la decisió, sinó en el nomenament. L'acte de nomenament i la notificació del corresponent document solament es pot entendre si en el termini d'un mes no s'ha oposat de manera expressa l'autoritat tutelant corresponent (art. 10.2 LBG-NW). Es pot afegir, com a curiositat, que quan es tracta de funcionaris municipals elegits, que han de vetllar també pels interessos de l'Estat (en el sentit dels del Bund i Länder), cal la ratificació de l'elecció per part de l'autoritat tutelant superior per procedir al nomenament. D'aquesta manera mantenen les autoritats estatals encarregades de la tutela competències sobre aquests funcionaris, fins i tot en matèria disciplinària.

II. RÈGIM JURÍDIC, ORIGEN I CONTINGUT DE LA RELACIÓ D'OCUPACIÓ PÚBLICA

1. Ingress a la funció pública

a) Aspectes formals i naturalesa de l'acte de nomenament

Entre les nombroses decisions administratives que es produeixen en l'àmbit de la relació de funció pública cal destacar, per la seva transcendència, la resolució mitjançant la qual es nomena una determinada persona per a l'ingrés al servei públic. Com a acte jurídic va directament destinada a determinar la forma i el contingut de la relació, el seu fonament i la possibilitat de ser sotmesa a variació, ja que és característica significativa de la constitució la seva possible alteració posterior.

El significat de l'acte de nomenament de cara a la relació de funció pública ve reforçat per la rigorosa formalitat amb què l'ordenament jurídic revesteix i exigeix la seva adopció. En interès a la seguretat jurídica s'ha d'observar els preceptes a què està sotmès, expressar formalment si un servidor de l'Administració pública és veritablement funcionari o, el que és equivalent, quina relació jurídica el vincula a l'Administració i quin càrrec exerceix.

D'aquest principi general de l'article 95.1 BRRG se'n deriva una excepció consistent en el fet que la legislació dels Länder pot regular que els denominats funcionaris *auf Zeit* per període determinat, elegits per a un càrrec a través de sufragi de la comunitat, vegin constituïda la seva relació jurídica amb l'Administració a través de qualsevol altre acte jurídic diferent del nomenament.

És possible qualificar l'acte de nomenament com un concepte sota el qual s'engloben diversos supòsits, formes i sistemes de nomenament, exhaustivament regulats per les lleis de la funció pública (art. 6.1 BBG) que vinculen els seus efectes al compliment d'estrictes preceptes sobre forma, contingut i notificació.

De l'acte de nomenament s'han de distingir aquells altres actes que configuren la relació jurídica dels funcionaris a través de les seves diferents fases, com són, per exemple, aquells pels quals es destina un funcionari a un lloc de nivell superior o de retribució superior.

L'acte de nomenament gaudeix de la naturalesa dels actes administratius constitutius de caràcter favorable. Com a acte adminis-

tratiu necessitat d'acceptació, cal aquesta acceptació per part del nomenat, encara que es pugui considerar implícita en la recepció del document on es notifica. D'aquesta notificació procedeixen els efectes constitutius.

L'acte de nomenament ha de contenir clarament expressats els termes en què aquest s'efectua, de manera que no es pugui dubtar de la relació jurídica que s'estableix i de l'*status* funcional que es crea. A més a més s'ha de redactar en els termes expressats a la llei, i amb referència literal a aquests segons es preveu. La formalitat que revesteix l'acte es manifesta en la constància exacta de si el nomenament s'efectua *auf Lebenszeit, auf Probe, auf Widerruf, als Ehrenbeamter* o *auf Zeit*, amb indicació dels temps de durada del nomenament en aquest últim cas. El nomenament no té efecte si en el document manca l'expressió "per a l'ingrés a la relació de funció pública".

Segons la legislació del Bund, en el cas d'omissió dels requisits de nomenament indicats, aquest es té per no realitzat (article 6.2 BBG). Segons la legislació dels Länder, en concret segons la de Nordrhein-Westfalen, l'omissió es pot esmenar si la llei contempla un termini determinat de durada per al nomenament que s'ha pretès expressar.

Els requisits esmentats vinculen els òrgans administratius que abasten als respectius nomenaments, però no als jutges administratius.

Cal ressaltar que l'article 33.2 GG i els preceptes concordants de la legislació de funció pública no garanteixen drets subjectius a l'obtenció o a la conservació d'un càrrec públic. El nomenament d'un funcionari queda a la discrecionalitat de l'Administració que roman vinculada exclusivament a la valoració de l'aptitud, la capacitat i l'especialització del nomenat, sense fer esment al sexe, el naixement, la raça, les creences o les idees polítiques, la procedència o les relacions.

L'aptitud, la capacitat i l'especialització són conceptes jurídics indeterminats que com a actes de valoració de l'Administració no estan totalment sotmesos al control judicial i deixen un àmbit de decisió a l'autoritat administrativa. La revisió judicial de la conducta administrativa s'ha d'estendre solament a valorar si l'autoritat administrativa que procedí al nomenament partí d'un supòsit de fet incorrecte, si partí d'un desconeixement del marc constitucional

regulador de la matèria (article 33.2 i 5 GG), si deixà d'observar les normes genèriques i habituals de valoració, o si efectuà consideracions de caràcter no material.

Cal manifestar que l'article 33.2 GG no ofereix ni conté indicacions que permetin entendre de quina manera s'ha de valorar el principi d'eficiència; per tant, la decisió de la valoració i elecció del nomenat recau completament, repetim, sota la discrecionalitat administrativa.

De tots els procediments més idonis per valorar l'aptitud dels candidats, s'han de destacar les entrevistes que es poden concertar amb aquests, de les quals es pot obtenir un resultat positiu o negatiu a través del contacte immediat, o almenys desvinculat de les influències de tercers. Atès el caràcter tan absolutament personal que té la prova, no estarà permesa la presència dels advocats del candidat quan es passi a verificar la qüestió de la seva lleialtat constitucional.¹¹³ En qualsevol cas, els procediments de comprovació de l'aptitud, la capacitat i l'eficàcia estan, tot sovint, regulats per preceptes administratius, ordres i directrius dels superiors.

En el cas que la decisió de l'ingrés d'un candidat s'hagi d'adoptar considerant la seva pertinença a un grup o vincle determinat de persones, els preceptes que així ho regulin tampoc no concedeixen cap dret subjectiu a la col·laboració, ingrés o nomenament per al servei públic. En el supòsit que s'hagi de valorar l'aptitud per a l'ingrés de persones físicament disminuïdes, cal observar que tinguin l'aptitud necessària per a l'exercici de la funció.

Excepcionalment, gaudeixen de dret a ser nomenats funcionaris els funcionaris a prova després d'haver passat cinc anys, quan es compleixen tots els requisits assenyalats per l'article 9.2 BBG; si això no fos així, l'aspirant a ser nomenat funcionari de carrera ha de ser separat de la seva funció.

També posseeixen el dret referit els funcionaris vàlidament elegits, en cas que aquest fos la seva manera d'elegir.

El candidat en pràctiques té dret a ser nomenat funcionari de règim removable quan el període de pràctiques és condició per a l'accés a una ocupació en el sector de la funció pública, per al qual les pràctiques o el període de preparació són condició de funció o ocupació en el sentit de l'article 12.1 GG (lliure elecció de professió

113. B Verw GE, *DöV*, 1979, pàg. 793.

o ocupació). Si és així, el període de pràctiques és període de formació, sempre que l'Estat tingui en la matèria que es tracti el monopoli de formació, com és el cas de les pràctiques de la formació jurídica per a tots els graus, o maneres d'ensenyament, com seria el cas del servei superior d'enginyeria de muntanyes.

Com es pot comprovar, les formalitats de l'acte de nomenament resulten imprescindibles en un sistema en el qual la carrera del funcionari es va complementant de mica en mica a través del pas pels diferents períodes que la componen. No ens ha d'estranyar que la llei exigeixi la constància exacta dels requisits esmentats per evitar interpretacions unilaterals respecte a la qualitat de la relació que s'estableix.

No obstant això, creiem que partir del principi de claredat per ambdues parts suposa una seguretat jurídica considerablement més gran per al funcionari, especialment perquè si el seu nomenament no concorda amb la forma, manera o categoria esperades, coneix perfectament les vies de recurs per impugnar-lo, i també perquè en la majoria dels casos la possessió d'un nomenament és condició per aconseguir el grau o categoria següent a la posseïda. No creiem que les formalitats que hem assenyalat siguin traslladables al règim de funció pública en el nostre Estat autònom, primerament perquè els sistemes de selecció són diferents, i també perquè, on seria necessari aplicar la rigorositat formal, que és el límit de separació entre el sistema administratiu i el laboral, la definició de la relació que s'establís tampoc no jugaria un paper excessivament transcendent, ja que el que és fonamental en els casos de dubte sobre la qualitat de la relació establerta és la forma i les condicions de la relació que s'estableix, i no el fet de denominar-la d'una manera concreta.

Des d'un aspecte purament competencial, l'autoritat que realitza el nomenament varia segons es tracti de l'Administració del Bund o dels Länder. La sobirania en matèria de personal, concepte ancorat en el Dret constitucional, no en el Dret administratiu, forma part essencial del poder executiu en ambdues Administracions, i per descomptat pertany al contingut essencial de l'autogovern (*Selbstverwaltung*) de les Administracions locals.¹¹⁴ La referida sobirania

114. Vegeu W. BLÜMEL, "Wesensgehalt und Schranken des kommunalen Selbstverwaltungsrechts", dins *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft*, Decker's, 1983.

implica el poder de decisió pel que fa a totes les matèries que afecten la relació jurídica de funció pública, i, en el Bund, en té la titularitat el president de la Federació, mentre que en els Länder l'exerceix el Govern del respectiu Land.

b) L'ingrés a la funció pública. Criteris

L'ingrés a la funció pública suposa l'origen de la relació jurídica entre Administració i funcionari. Perquè sigui d'una manera nítida cal que s'efectuï el nomenament pel qui posseeixi la capacitat necessària per ser subjecte de relació jurídica de funció pública, tingui competència per realitzar-lo i l'efectuï per raó de la funció que se li confia, ja que es tracta d'aquelles que impliquen assumptes de seguretat per a l'Estat o per a la vida pública, i que no es poden confiar als qui estan sotmesos a una relació jurídica de Dret privat. A tot això s'hi afegeix la disponibilitat pressupostària corresponent, encara que s'ha d'assenyalar que la manca de disponibilitat pressupostària no invalida el nomenament, ni li fa perdre efecte, ja que dels pressupostos no es generen ni es perden drets de tercers (article 3.2 *Bundeshaushaltsordnung*). El quadre d'exigències es tanca una vegada observat el procediment prescrit.

Perquè l'ingrés a la funció pública es pugui fer efectiu, el candidat haurà de complir totes les condicions exigides legalment, posseir la formació o titulació corresponent i oferir prou garanties que el seu comportament no ofereix dubtes de ser conforme a l'ordre jurídic establert a la *Grundgesetz*. Al Bund la revisió d'aquesta garantia es realitza, com ja hem exposat al moment oportú, segons els preceptes dels "Principis de revisió de la lleialtat constitucional" de 17 de gener de 1979.¹¹⁵ No cal insistir més en aquest tema, ja que l'hem tractat àmpliament. Volem advertir, però, que la decisió administrativa que recau sobre això —absolutament discrecional— és difícilment revisable pels Tribunals administratius, encara que més d'una vegada aquests han revisat excessivament els criteris de valoració i han assentat les seves decisions en prospectives que han

Traducció castellana (de l'autora d'aquesta monografia) i catalana d'aquest treball a *Autonomies*, núm. 4, Barcelona, 1986.

115. A Nordrhein-Westfalen a través de les "Directrius per a l'enjudiciament de la lleialtat constitucional dels candidats al servei públic segons sentència del Tribunal Constitucional federal de 22 de maig de 1975".

substituint les perspectives de les decisions administratives. Aquesta tendència reconeguda produeix una ostensible substitució de la decisió administrativa, desplaça el pes d'aquesta cap a uns altres sectors del poder estatal i desequilibra el pes de cada un d'aquests, per la qual cosa ha estat criticada fortament per la doctrina.¹¹⁶ Del sistema de reclutament i selecció en parlarem al capítol sisè.

c) Ascensos i promoció

Qualsevol mesura que afecti la promoció o l'ascens dels funcionaris ha de ser acordada igualment sota criteris d'eficiència i capacitat, sense parar esment als ja esmentats motius de sexe, procedència, idees polítiques, etc., encara que entre tots els que s'han d'evitar té una especial importància la relació que pot haver-hi entre promogut i promovent, cosa que ha de ser interpretada en el sentit no solament de relacions de parentiu o d'amistat, sinó també de relacions de pertinença a partits polítics, sindicats, etc. És important, per tant, el fet que no es tinguin en compte criteris de caràcter social en les promocions i ascensos, en especial quan es tracti d'eleger entre candidats que posseeixin condicions semblants de mèrit i capacitat. El sistema de concurs intern pot ser un mitjà d'ajuda important per assegurar que es persegueix el reconeixement del mèrit i la capacitat en l'elecció. Per altra banda, el principi d'eficiència exclou atendre exclusivament criteris d'edat o anys de servei per procedir a l'elecció; aquest criteri no ha de ser sinó un altre més entre els que s'han de tenir en compte a l'hora de la decisió.

Potser sorgeix aquí la pregunta esperada: ¿ascensos de personal que ja pertany al mateix servei o Administració, o possibilitat de reclutament de personal d'altres Administracions? Aquest aspecte s'ha de contemplar des de cada una de las Administracions, ja que el que pugui resultar òptim per a les de major envergadura, la política de personal de les quals es pot preveure amb prou antelació, pot ser perjudicial per a les de menor disponibilitat de personal, ja que aquest, òbviament, s'esgota abans, i afavoreix per tant el reclutament del personal per a llocs de responsabilitat d'altres procedències. Com més petita és una Administració, més risc té de desembocar en un sistema de prescripció d'ascensos per als pocs

116. W. SEUFFERT, "Zum Rechtsweg gegen Ermessenentscheidungen der Einstellungsbehörden im öffentlichen Dienst", *DVBl*, 1981, pàg. 1037.

funcionaris —si n'hi ha— aptes per a aquests, mancats d'efectes des del punt de vista de l'eficiència, i que no porta més que a polítiques de “procreació” en els ascensos. Püttner¹¹⁷ recomana recórrer a la promoció de personal d'altres Administracions de manera ocasional, si es tracta de grans Administracions o unitats administratives, i regularment si es tracta de petites.

El funcionari no té cap dret a ser promocionat, encara que hagi estat en una situació o ocupat un càrrec de nivell superior. Ni el deure d'assistència de l'Administració envers els funcionaris no justifica cap obligació de l'Administració respecte a la promoció o ascens dels seus funcionaris, sinó solament un comportament de criteris materials. Tampoc el fet de no haver procedit a una dotació pressupostària suficient que pugui justificar possibles ascensos —encara que objectivament merescuts— no infringeix aquest deure d'assistència.

L'únic dret que té el funcionari, pel que fa a la seva promoció, és el dret d'obtenir una decisió discrecional jurídicament correcta. La jurisprudència ha reconegut, algunes vegades, que aquells funcionaris que es veuen perjudicats en la seva promoció per causa de l'incompliment del deure d'assistència de l'Administració, no posseeixen ni el dret a una acció per exigir la promoció supletòria ni el dret a una acció restitutòria dels presumptes danys que els causi. Qualsevol acció indemnitzatòria de la promoció o ascens com a restitució *in natura* fracassa, generalment, en el Dret de la funció pública per manca de l'oportú nomenament. Les pretensions indemnitzatòries no es poden dirigir ni tenen èxit quan el dret que es pretén lesionat no ha estat encara incorporat jurídicament o forma part de la situació jurídica individual. En aquests casos, solament és possible arbitrar una compensació econòmica que cobreixi la diferència de retribució existent en la promoció o ascens que hagi pogut correspondre al funcionari (solament en el supòsit que l'Administració transgredís els seus deures d'assistència).

La promoció o ascens s'ha d'ajustar al procediment previst que,

117. G. PÜTTNER, *Verwaltungslehre*, C. H. Beck, München, 1982. Aquest autor assenyala que a l'Administració no hi ha cap prohibició que pesi sobre les possibilitats de promoció del personal “de la casa”; malgrat tot, en el món de la Universitat això no s'esdevé gaire sovint, ja que la ciència viu del canvi i, per altra banda, no hi ha qui sigui profeta a la seva terra (pàg. 214).

com en el cas del nomenament per a l'ingrés, implica la notificació formal de l'escrit de nomenament per a l'ascens, així com la descripció exacta del càrrec per al qual es nomena.

2. Obligacions que genera la relació de funció pública

Els drets i obligacions que genera la relació de servei no romanen ni gaudeixen del mateix contingut de manera continuada sinó que poden ser alterats tant per les normes reguladores com per la mateixa Administració en virtut de l'article 33.5 GG. Fins i tot es pot dir que les observacions que l'Administració formula a l'empara del dret que té poden alterar o generar noves obligacions.

Per altra banda, totes les obligacions, algunes de tipus genèric, no estan contemplades a la llei, ni exhaustivament descrites; tampoc no és exigible, com en matèria penal, una tipificació dels fets sancionables; simplement una conducta contrària a les obligacions establertes pot donar lloc a la responsabilitat disciplinària. Enumerem les obligacions de caràcter general i aquelles altres en virtut d'una relació concreta.

a) Obligacions genèriques

L'obligació fonamental de caràcter genèric és el deure de lleialtat que vincula el funcionari des del seu ingrés i fins i tot quan roman en situació de jubilació. D'aquesta obligació se'n deriva el deure de reconeixement i comportament conforme a l'ordre constitucional; el de mesura i reserva en l'exercici de les seves activitats polítiques com a persona (que està en constant tensió amb el dret fonamental a la lliure expressió de les seves opinions); el d'atenció i consideració respecte al càrrec que exerceix; el de franquesa i sinceritat cap als superiors; i el d'evitació de danys a l'Administració pública sempre que això sigui a les seves mans.

b) Deures del càrrec o per raó del càrrec

Dels deures més fonamentals es pot destacar el de comportament imparcial i just (el rang fonamental del qual està estudiat igual com la neutralitat dels funcionaris); el deure de reserva davant del subministrament d'informació interna o que coneix per raó del servei (en tensió també amb el dret fonamental de la lliure

emissió d'opinions); el de dedicació absoluta a la seva tasca administrativa; el de consell davant dels superiors; i el d'observança d'un comportament correcte al servei del seu càrrec.

3. Drets que sorgeixen de la relació de funció pública

De la relació de funció pública sorgeixen drets per als funcionaris que, com ja se sap, es classifiquen en drets de caràcter econòmic i no econòmic. Dels dret de caràcter econòmic no en farem esment, ja que no són comparables pel que fa al seu règim de prestacions i a la seva regulació amb els que són aplicables en l'ordenament del nostre Estat. Sí que farem, però, una referència sumària als que representen drets de contingut no econòmic.

La *Grundgesetz* garanteix a tots el dret fonamental al lliure desenvolupament de la personalitat (art. 2.1 GG). En la tensió que pugui sorgir dels principis tradicionals de la funció pública (art. 33.5 GG), aquest dret fonamental és evidentment vàlid i aplicable als funcionaris; efectivament, el personal al servei de l'Administració, encara que ha de col·laborar com a part fonamental en el desenvolupament d'un Estat de Dret, no és exclusivament un mitjà personal a través del qual l'Estat pot complir els seus fins social-democràtics. Al contrari, els funcionaris gaudeixen dels mateixos drets fonamentals que qualsevol ciutadà, com ja hem exposat, i el mateix ordenament jurídic té cura de protegir els drets d'aquests davant l'Administració als fins de la qual serveix.

Tot sovint s'ha fet palès que l'Estat té com una de les seves obligacions promoure el lliure desenvolupament de la personalitat dels individus; això ha de valer exactament¹¹⁸ per als funcionaris, en la mesura que el contrari —hipotètiques obediències mudes dels seus empleats— seria lesiu, fins i tot per als interessos estatals.

Els drets dels funcionaris es troben fortament fonamentats i influïts per l'*status* a perpetuïtat que li crea la relació de funció pública; i pel seu *status* com a individu i com a servidor de la comunitat. Davant d'ambdues forces es pot afirmar que la relació de vinculació a la comunitat es troba més destacada en el funcionari que en qualsevol altre ciutadà. Trobar un punt d'equilibri entre la

118. H. PETERS, "Ein geistiges Vermächtnis an die deutsche Beamtenschaft". *ZBR*, 1966, pàg. 69.

protecció del funcionari com a persona a la vegada que assegurar la llibertat dels ciutadans sense oblidar els drets de la personalitat que li corresponen, és tasca del Dret de la funció pública.

a) Drets dels funcionaris (assistència i protecció)

La relació de funció pública no és tan sols una relació de servei, sinó una relació recíproca de lleialtat que es manifesta, entre d'altres punts, en l'obligació de l'Administració de tenir cura i assistir aquest i la seva família. En complimentar aquesta obligació en totes les seves formes, i en vetllar pel benestar referit, l'Administració crea consegüentment el principal i fonamental dret dels funcionaris. Aquest dret —representat millor per a la seva anàlisi per la corresponent obligació administrativa— és més que una simple regla d'interpretació que l'Administració ha d'observar en la preparació i en el dictat dels preceptes administratius, o una escala de discrecionalitat en plantejar les seves directrius i decisions discrecionals.

Amb més seguretat es pot dir que aquest dret està contemplat en diferents preceptes legals, que concreten en cada cas el seu àmbit i extensió, de manera que no hi ha un dret genèric dels funcionaris als quals s'observi el deure d'assistència i protecció, sinó en els supòsits, àmbit i extensió que legalment ve previst.

En classificar els drets dels funcionaris que es deriven dels esmentats drets d'assistència i protecció es topa, a vegades, amb la dificultat de trobar criteris que englobin el seu ampli marc i contingut. Una aproximació seria la següent (enunciada sempre des de la correlativa obligació administrativa):

El deure de l'Administració de comportar-se d'una manera legal i no arbitrària amb els seus funcionaris; l'observança dels preceptes que regeixen la carrera de funció pública; el deure de decidir amb justícia i de manera favorable, especialment quan es planteji la utilització de discrecionalitat en la decisió (que és present en la majoria de les decisions que l'Administració adopta en matèria de funció pública); el deure de no impedir il·legalment o arbitràriament la promoció dels seus funcionaris; el deure d'atendre els seus drets; el deure d'eliminar, quan sigui possible, les decisions defectuoses; el deure d'observar un comportament lliure i de donar assessorament als funcionaris.

Per altra banda, el deure de protecció es concreta en el fet que el funcionari tingui el dret que l'Administració es comporti, a través

de les seves decisions i de la seva activitat, de manera que elimini o allunyi, en la mesura del possible, qualsevol perill o obstacle a la salut, vida o activitat d'aquests. Aquests deures que es deriven de l'article 618 BGB (Codi Civil) per a la realització de treball privat són expressió d'uns principis generals que es poden aplicar també a les relacions de funció pública.

Manifestació d'aquests drets és el deure de no exigir als funcionaris més dedicació al seu treball de la normal o habitual que a aquest es pugui atorgar, evitant, per tant, les dedicacions o exigències que, per la seva intensitat o gravetat, puguin arribar a causar-los danys físics o psíquics.

Juntament amb els anteriors deures, es pot incloure el d'atenció per tot allò que és o resulti de propietat privada dels funcionaris, tant pel que fa a la seva utilització durant actes de servei, com el que suposa rescabament o indemnització de les despeses efectuades amb motiu de la seva prestació.

La protecció que està obligada a donar l'Administració s'ha d'interpretar també en el seu aspecte jurídic, en el sentit que qualsevol immissió externa de la qual es derivi perjudici per al funcionari com a resultat de la seva activitat, sigui quina sigui la seva procedència, especialment dels mitjans de comunicació, almenys ha de donar lloc a la corresponent rectificació (la qual cosa no implica que l'Administració hagi de silenciar el nom del funcionari si aquest ha transgredit els seus deures envers el càrrec). S'identifica tot això amb el deure de protecció dels funcionaris davant de qualsevol procediment penal que s'insti, i aconsegueix, fins i tot, la indemnització de les despeses judicials.

Una altra manifestació dels esmentats deures abraça les funcionàries (en els períodes d'embaràs) i els empleats amb disminucions físiques.

b) Drets dels funcionaris respecte al càrrec que exerceixen

Sobre tots els drets que es deriven de la relació de funció pública, el funcionari té dret a l'exercici del seu càrrec, del qual no se'l pot privar o apartar sinó és a través de les mesures oportunes, amb el procediment adequat i durant el temps necessari o oportú, amb submissió a les regles de proporcionalitat que es derivin del procediment disciplinari que s'hagi instat. Aquestes mesures només són

compatibles amb el dret fonamental a l'exercici del càrrec (art. 33.5 GG) quan, en cas de no adoptar-se, es derivin danys més importants per a l'interès general.

El dret al càrrec ha de ser interpretat, segons la jurisprudència,¹¹⁹ com un dret en el sentit abstracte del terme, no en el sentit de conservar el càrrec concret des d'un punt de vista funcional.

Els funcionaris (excepte els que són per un temps determinat, a prova i en pràctiques) tenen el dret a exercir internament i externament el càrrec per al qual se'ls ha nomenat en virtut de la titulació que posseeixen. Encara que per regla general estan determinats legalment, troben la seva confirmació en les lleis de retribucions. Jointament amb aquest dret es pot incloure el d'alguns funcionaris a vestir de la manera requerida i autoritzada pel càrrec que ocupen.

c) Drets individuals de caràcter personal

Les lleis de funcionaris garanteixen una sèrie de drets exercibles fora o amb independència del càrrec, entre els quals cal destacar: el dret a l'activitat política (arts. 52 i 53 BBG); el dret a l'activitat sindical (art. 9.1 GG i art. 91 BBG); el dret a l'exercici d'activitats compatibles sense necessitat de sol·licitar autorització; el dret al gaudi de vacances.

Les lleis de funcionaris obliguen i autoritzen les Administracions a portar expedients personals de tots els funcionaris que es trobin sota la seva autoritat (art. 90 BBG); aquests documents acostumen a resultar peces fonamentals a l'hora d'enjudiciar qualsevol decisió que afecti aquells, i per la seva transcendència inclourem en aquest epígraf els drets que emparen davant d'aquestes decisions.

El concepte d'expedient personal roman encara avui sense definició legal. La legislació fa al·lusió exclusivament a l'aspecte material o al contingut d'aquest, no a la manera de registrar els actes ni a la manera de custodiar-lo. Per això cal distingir, entre la varietat de fets que tenen accés a l'expedient personal, els següents:

- Fets que pel seu contingut afecten la relació jurídica de funció pública (són sens dubte registrables).

119. B Verw GE, *DVBl*, 1981, pàg. 67, i *ZBR*, 1981, pàg. 28.

— Fets que afecten directament els funcionaris i que sorgeixen de la relació de servei (es poden registrar sempre que afectin la relació).

L'absència de regulació legal d'aquests expedients se supleix o bé per mitjà de la jurisprudència contenciosa o per mitjà de preceptes administratius que sobre aquestes matèries han passat a dictar els Länder.¹²⁰ La forma dels referits expedients roman generalment sota la discrecionalitat de l'Administració, que en els seus aspectes més concrets és exercida per les autoritats superiors de personal.

El caràcter confidencial de l'esmentat document resulta rellevant ja que sense la corresponent autorització del funcionari no es pot subministrar més que a un cercle limitat d'òrgans, entre els quals s'han d'incloure els Tribunals i òrgans parlamentaris d'investigació.

Per raons semblants s'impedeix que es puguin emportar uns altres expedients de caràcter personal que els estudiats, i encara, en aquests, cal donar vista dels seus assentaments al funcionari.

Tot assentament anotat en l'expedient personal hi ha de romandre mentre no es determini legalment una altra cosa; això salvat el dret del qual gaudeix el funcionari davant d'una possible rectificació del seu contingut hipotèticament inexacte.

Un altre dels drets que s'han de ressaltar és el dret a obtenir un enjudiciament correcte de les decisions que afecten el servei, la significació del qual és remarcable perquè comprèn dos fins diferents: el primer pot servir de mitjà adequat per a la política de personal, especialment a l'hora de valorar les qualitats i l'eficiència dels funcionaris; i el segon perquè s'assegura a aquests el seu futur ascens o promoció atenent exclusivament principis d'eficiència.

La legislació sectorial (art. 40 i 41 BBG) conté fonamentalment la manera com han de ser adoptades aquestes decisions, reservades estrictament a la discrecionalitat administrativa.

Per acabar, alludirem als denominats certificats de servei que es poden estendre a petició del funcionari una vegada finalitzada la relació de servei¹²¹ o en modificar-se aquesta. S'han de referir ne-

120. B Verw GE 5, 344; 6, 133, 302; *DVBl*, 1980, 457. Per Nordrhein-Westfalen, article 102 LBG.

121. A Nordrhein-Westfalen aquest fet pressuposa l'existència d'un interès legítim en això.

cessàriament al caràcter i a la durada d'aquest, encara que es pot estendre també a l'eficiència de l'activitat desenvolupada.

4. Dret a l'exercici d'una activitat diferent de la realitzada.

El discutit i discutible tema de les incompatibilitats

a) Situació anterior a la reforma de 1984

Incloem l'estudi de la *Nebentätigkeit* dels funcionaris públics en l'epígraf dedicat als drets dels funcionaris, amb el propòsit de ressaltar el que significa avui dia l'exercici d'una segona activitat —a més a més de la de funció pública— i de destacar la importància que en l'actualitat revesteix el tema també a la RFA. Convé advertir, però, que és perillós tractar d'establir simples comparacions entre el sistema de regulació de les activitats compatibles en el federalisme alemany i en el nostre ordenament. Ara per ara són magnituds incomparables.

Per càrrec accessori s'entén el càrrec compatible amb el principal que el funcionari exerceix per la seva relació d'ocupació, excepcionalment, a través d'una altra relació d'ocupació pública (*Nebenamt*). Activitat accessòria significa —dins i fora de la funció pública— qualsevol competència no compresa en l'anterior (*Nebenschäftigung*).

Activitat accessòria en el servei públic és qualsevol activitat sota una relació de servei, o contractual o en relació jurídica especial, prestada a persones jurídiques (exceptuant Esglésies, comunitats religioses) (*Nebentätigkeit*.)

El dret a l'exercici d'una activitat compatible s'ha de completar des de diferents punts de vista: com a obligació per a l'exercici d'una activitat accessòria (arts. 65 i 66 BBG); i com a retribució i responsabilitat en el marc de les retribucions accessòries.

D'acord amb el dret fonamental al lliure desenvolupament de la personalitat (art. 2.1 GG), el funcionari s'ha de dedicar a la seva ocupació, per bé que no és necessari que estigui les vint-i-quatre hores del dia al servei de l'Administració.

A més a més de solçar-se (obligació de mantenir-se en forma i tenir cura de la seva salut),¹²² en principi no hi ha cap impediment

122. E. WEISHAAR, *Beamtenrecht*, Schwart, Göttingen, 1982, pàg. 120.

en l'exercici d'altres activitats (en el sector privat o en el sector públic) sempre que els interessos del servei, en un sentit ampli, quedin garantits.

En qualsevol cas, els superiors tenen dret a supervisar l'activitat dels funcionaris i a evitar qualsevol tipus d'abusos que es produeixin.

Des del punt de vista de l'Administració, per exigir a un funcionari l'exercici d'activitats accessòries, és necessari que aquesta activitat no es faci de manera o com a càrrec principal i que es tracti d'una activitat dins del mateix sector públic que no haurà de ser remunerada a títol de retribució-sou, sinó d'incentiu (art. 64 BBG i art. 3 BNtV); des del punt de vista del funcionari, l'activitat a realitzar ha de ser la corresponent a la seva formació professional, el seu exercici ha de ser possible des de la quantitat i qualitat de tasques i volum de treball a realitzar, i l'ordre administrativa que la imposa és acte administratiu si afecta el funcionari personalment, o disposició organitzatòria quan forma part d'una reorganització de serveis.

El dret a dur a terme activitats accessòries comprèn totes les que quedin exemptes d'autorització perquè no els toca l'obligació de l'article 65 BBG, i aquelles no necessitades d'autorització pel fet d'estar compreses en el catàleg de l'article 66 BBG (administració del propi patrimoni, activitat científica, artística, literària —no existeix censura dels superiors—, col·laboració amb associacions benèfiques, cooperatives de funcionaris, etc.). Com sigui que el desenvolupament d'altres activitats pot disminuir el rendiment en el servei, però també augmentar la formació i qualitat del funcionari, existeix un dret a desenvolupar aquestes activitats limitat tan sols per l'article 33.4 i 5 GG, per bé que cal observar també el principi de proporcionalitat. Els esmentats preceptes són precisament els que habiliten a denegar en alguns casos l'autorització.

Quan i per què es pot denegar l'autorització correspon a la discrecionalitat de l'Administració. Amb manca de regulació, a Nordrhein-Westfalen, el funcionari té dret a la compatibilitat en el cas d'haver acceptat tutela o curatela segons l'article 1782.2 i 1905 BGB, i els motius de denegació estan continguts en l'article 68 LBG-NW. Segons mostra reiteradament la jurisprudència, l'Administració no posseeix discrecionalitat per denegar l'autorització quan veritable-

ment no hi ha motius per fer-ho, des del punt de vista del servei públic (BVwB 28, 91; BVwG 29, 304).

No existeix cap dret a obtenir la compatibilitat en el cas dels funcionaris a temps parcial, per als quals l'elecció d'aquesta alternativa significa la renúncia a qualsevol altra activitat.

S'ha de tenir en compte que la limitació d'aquesta doble activitat des d'un punt de vista constitucional es justifica tan sols per raons de servei, mai per motius de mercat o política d'ocupació,¹²³ encara que aquesta opinió no està pacíficament sustentada, ja que es manté, també, que contractualment el funcionari pot restringir voluntàriament l'exercici de la seva activitat, com s'esdevindria amb qualsevol altre treballador, en el cas que objectivament interessés.¹²⁴

És qüestionable quins motius de política de mercat justifiquen per ells mateixos la limitació de les compatibilitats; només en cas de seriosa amenaça de desocupació o de desocupació creixent, o per fomentar la creació de llocs de treball, seria indiscutible la limitació descrita. Això és, per altra banda, la solució a què s'hauria d'arribar, segons el que hem assenyalat en la introducció —per idèntics motius— sobre la figura de dedicació a temps parcial.

Segons l'article 65 BBG, són activitats necessitades d'autorització l'acceptació d'un càrrec accessori de tuteles, curateles o testaments; l'acceptació d'una activitat accessòria remunerada, comercial o l'exercici lliure de la professió; l'entrada en la presidència, consell d'administració, cooperativa o qualsevol altra forma d'empresa o relació fiduciària.

Són sorprenents els motius que s'adduïen per denegar l'autorització. Segons l'article 65.2 BBG, aquests són: perjudici per al servei, per a la imparcialitat o llibertat de decisió dels funcionaris i lesió d'altres interessos públics. Per les mateixes causes es pot revocar l'autorització.¹²⁵

b) Necessària reforma del sistema d'incompatibilitats

És evident que plantejada ja la recessió econòmica, sinó com a crisi, almenys com a període de creixent desocupació, especialment en els Länder —com Nordrhein-Westfalen— en el seu origen

123. Així SCHEERBARTH-HÖFFKEN, *Beamtenrecht*, op. cit., pàg. 364.

124. M. BENNDORF, *ZBR*, 1981, pàg. 86.

125. Per a una regulació de les incompatibilitats a Nierdersachsen, es pot veure E. WEISSHAAR, *Beamtenrecht*, op. cit., pàg. 121 i ss.

rics, però castigats en l'actualitat per haver anat quedant lentament obsoleta la indústria que mantenien, el tema de les incompatibilitats havia de saltar necessàriament a un primer pla. I així ha estat: a la RFA és un tema roent.

La polèmica se centra, o se centrà primerament, a definir el concepte de servei o funció pública, ja que d'ell depenia la determinació de les activitats que poguessin ser restringides. Sense arribar a un acord o posició unànime sobre el cas, es pot assenyalar que no pot ser qualificada d'activitat accessòria a la principal qualsevol prestació que el funcionari realitzi per a una persona jurídica pública.

A l'hora de decidir-se és molt més transcendent analitzar si, i en quin àmbit, el funcionari està sotmès a l'autoritat i jerarquia administrativa del càrrec accessori, o fins a quin punt per al càrrec accessori cal que estigui sotmès a l'autoritat de l'Administració on exerceix la seva funció principal.

L'última de les situacions conté, segons totes les lleis del ram, la clàusula que en aquests casos el funcionari no se sotmet a l'autoritat o sobirania de l'Administració del càrrec accessori. Però d'aquesta absència de vinculació no es pot deduir que al funcionari se li impossibilita una activitat privada en el seu propi interès, ja que l'àmbit de l'exercici lícit d'una activitat en el servei públic és sempre menor.¹²⁶

A la pràctica, les qüestions que es plantegen són com les següents: ¿pot un professor d'Universitat planificar i dirigir una obra per a persones jurídico-públiques, sense que per això es pugui qualificar com a activitat accessòria?, ¿què és el que passa amb els dictàmens encarregats fora de servei per a persones jurídico-públiques o Tribunals? En qualsevol cas, socialment demana atenció el fet que funcionaris públics en el seu temps lliure realitzin activitats remunerades en el camp privat. Els qui no tenen treball veuen en això una sobreocupació assegurada i professionals lliures com arquitectes o enginyers observen la concurrència d'altres professionals que són, a més a més, ja funcionaris. Una restricció de les autoritzacions per a l'exercici d'activitats compatibles s'imposa cada vegada més, i de vies de solució se'n proposaven des de tots els punts de vista polítics.

126. H. LECHNER, "Der Begriff des «öffentlichen Dienstes» im Beamten-Nebentätigkeitsrecht", *ZBR*, núm. 4, 1985, pàg. 97.

Era indiscutible el fet que la regulació de l'article 65 BBG resultava insuficient, i també ho era el fet que l'Administració, sota l'actual criteri de defensa dels interessos públics com a límit de l'exercici del dret, havia de comprovar si es produïen greus lesions al mercat de treball o a la vida social que demanessin una nova regulació dels fets. Amb això es planteja una de les qüestions més transcendents del Dret de la funció pública a la RFA dels últims temps, que és la de dilucidar fins a quin punt la realització del principi de l'Estat de Dret, en el sentit d'evitar danys al mercat polític de treball, és compatible amb els drets individuals de caràcter fonamental de què gaudeixen els funcionaris, i amb la interpretació constitucional d'aquests.

Per enfrontar-se a la nova regulació es partí de la premissa de la insuficiència de l'actual situació per evitar els abusos que en la matèria es produïen, i es presentaren al *Bundestag* dos projectes de llei que contenien regulacions en part divergents però en part coincidents.

c) El projecte de llei d'incompatibilitats dels grups de coalició

El projecte de llei presentat el 14 de gener de 1984 contemplava una regulació modificadora de la BRRG en la qual s'intentava la unificació de qualsevol regulació de les incompatibilitats (deixant a part les competències constitucionals dels *Länder*). Limitava la dedicació accessòria per motius de servei, i partia de la necessitat de sol·licitar autorització per al seu exercici en cada cas. La discrecionalitat dels superiors es limitava amb referències casuístiques a diferents supòsits de manera que el seu exercici resultés d'un camp d'acció més estret.

En els fonaments justificatius del projecte de llei es posava de relleu que qualsevol nova regulació de les incompatibilitats havia de ponderar les obligacions de l'article 33.4 i 5 GG concretades en els principis tradicionals de la funció pública, i per altra banda els drets fonamentals que els funcionaris, igual com qualsevol altre ciutadà, poden exercir. És recordava, a més a més, que el Tribunal Constitucional federal havia advertit ja de l'ampli àmbit de decisió i discrecionalitat de què disposava el legislador per assenyalar els supòsits i circumstàncies sota els quals es podia denegar la compatibilitat per a l'exercici d'activitats accessòries.

Es ressaltava especialment que, per guardar els interessos de la funció garantits en l'article 33.5 GG, era perfectament compatible procedir a la limitació de l'activitat realitzada fora d'hores de servei, tenint en compte quan és tendència ja consagrada de la programació del treball reduir el nombre d'hores d'aquest.

S'ha de dir que en la seva Exposició de Motius es recalrava més la lesió als interessos del servei que provoca la incompatibilitat, que la lesió a la política de mercat que se'n derivaria. Sota el principi de proporcionalitat s'analitzava també si la limitació que anava a ser objecte de regulació era proporcional i apropiada als fins que la justifiquen. A la fi, s'adopta la decisió de considerar que qualsevol activitat estava necessitada d'autorització mentre la llei no disposi res en contra.

En tot cas, qualsevol activitat accessòria compatible s'haurà d'exercir fora de les hores de l'activitat principal.

d) El projecte de llei del grup SPD

La versió de la posició socialista presentada el 22 de febrer de 1984, no tan sols va veure necessària una concreció dels interessos del servei de la limitació de les incompatibilitats, sinó que cregué convenient una modificació essencial en l'"haver de ser" (forma no imperativa) que permetés als superiors denegar les corresponents autoritzacions per motius d'interès públic. La modificació dels articles 42.2 BRRG, 65.3 BBG i 20.3 SG se sintetitzava d'aquesta manera:

"L'autorització ha de ser denegada quan es temi que l'activitat accessòria pot comportar danys considerables al mercat de treball o a la vida econòmica."

La resta de les modificacions proposades són, en essència, del mateix tenor que les de la coalició, per la qual cosa ens remetem al que ja hem dit.

e) Criteris doctrinals

Els membres de la Comissió d'Interior van donar audiència a Isensee i Leisner, que manifestaren les seves opinions sobre el cas, des del punt de vista constitucional.¹²⁷

127. E. U. SCHWANDT, "Massnahmen zur Begrenzung der Nebentätigkeit von Beamten", ZBR, núm. 4, 1985, pàg. 103.

Isensee va partir dels drets fonamentals dels funcionaris que emparen una hipotètica activitat accessòria (llibertat d'acció, de reunió, d'investigació i doctrina, prohibició de censura), els quals estan limitats constitucionalment gràcies al principi fonamental de reserva de l'efectivitat de l'Administració i jurisprudència. Tots els motius de denegació fins ara coneguts mostren el privilegi dels interessos del servei a través de la primacia de la funció principal, l'eficiència de l'actuació estatal, i la reacció davant l'abús de la capacitat personal i material de l'Estat per a fins de caràcter privat. Si s'atén els interessos del servei de manera seriosa, els efectes beneficiosos s'aprecien fora d'aquest, i viceversa, quan els aliens a aquest ocupen un lloc excessiu, repercuteix aquesta manca d'atenció en desinterès d'aquell. El terme "interès del servei" és en ell mateix ambivalent; per una part pot permetre activitats accessòries, però per l'altra exclou-les. Els interessos de l'activitat accessòria privada poden estar en concordança o en pugna amb els interessos del servei.

Pel que fa a si és més oportú establir un precepte merament indicatiu (no imperatiu) per descriure la possible lesió dels interessos i "poder denegar la compatibilitat", o si és més descriptiu del perill per a aquests interessos emprar l'expressió "quan es temi una lesió dels interessos públics" Isensee s'inclina per aquesta última, ja que la fórmula del "poder denegar la compatibilitat" descriu un ampli nombre de possibilitats que resulten més indeterminades.

L'esmentat autor fonamenta en el principi d'interdicció de l'excés de poder qualsevol control sobre els drets fonamentals dels funcionaris; de la Constitució no se'n deriva cap precepte en el qual es pugui emparar una total reglamentació de l'esfera privada; per tant, qualsevol limitació (la sollicitud d'autorització n'és una) que s'imposi s'ha de sotmetre als principis d'idoneïtat, proporcionalitat i exigibilitat de les mesures a adoptar.

Leisner, d'acord amb la jurisprudència dels Tribunals administratius, era de l'opinió que el funcionari gaudeix del dret (protegit constitucionalment) a desenvolupar una altra activitat fora de les hores de treball, i fonamenta la limitació de l'activitat principal solament en l'interès de la funció principal. És inconstitucional, per tant, buscar la regulació d'ulteriors fins a través de la regulació de les incompatibilitats.

Leisner parteix de la base que el Tribunal Constitucional valora la protecció dels interessos de servei com un principi tradicional de

la funció pública (art. 33.5 GG); per tant, la regulació de la incompatibilitat només es pot fonamentar en una defensa o millora dels interessos públics del servei, no en la defensa d'altres interessos, també de transcendental importància, com són la política d'ocupació o el mercat de treball. Conseqüentment, la denegació de l'autorització per a l'exercici d'activitat accessòria basada en aquests motius pot resultar també inconstitucional.

La concepció de l'autorització referida i la seva consegüent regulació com a precepte no imperatiu representa també, per a Leisner, el temor que es pugui realitzar una excessiva discrecionalitat en la seva aplicació. Finalment, aquest autor assenyala que als funcionaris jubilats i als antics funcionaris se'ls hauria d'aplicar el sistema d'incompatibilitats esmentat.

f) Text de l'article 42 BRRG, segons la seva modificació de 6 de desembre 1984

1) El funcionari necessita autorització prèvia per a l'acceptació i exercici de qualsevol activitat accessòria a menys que estigui obligat a exercir-la per a l'Administració. L'exercici de funcions i càrrecs públics honorífics no suposa incompatibilitat; la seva acceptació s'ha d'indicar per escrit. No cal autorització per als casos següents:

1. Realitzar activitats no remunerades amb excepció de:

- a) L'exercici de càrrecs de tutela, curatela o tramitació de testamentàries.
- b) L'exercici d'activitats comercials, de professions lliures i la col·laboració en aquestes activitats.
- c) La participació en òrgans d'empreses a excepció de cooperatives i l'acceptació de fideïcomissos.

2. L'administració del patrimoni propi o en usdefruit.

3. Activitat literària, científica, artística o de dissertació.

4. Activitat dictaminadora en relació amb funcions de docència o investigació dels professors d'*Hochschule* i funcionaris d'institucions i instituts científics.

5. Activitat de custòdia dels interessos professionals a sindicats, organitzacions professionals, organitzacions benèfiques de funcionaris.

Qualsevol activitat accessòria no necessitada d'autorització pot ser prohibida totalment o parcialment si en el seu exercici s'infringeixen les obligacions del servei. El funcionari està obligat a donar informació sobre el caràcter i l'àmbit de la seva activitat accessòria, sempre que les autoritats li ho demanin. L'article 52 de la llei marc d'Universitats continua en vigor.

2) Les autoritzacions hauran de ser denegades quan existeixi el temor que l'activitat accessòria lesiona els interessos del servei. Idèntic motiu de denegació existeix especialment si l'activitat accessòria:

1. Exigeix un nivell de dedicació per part del funcionari que impedeix el compliment de les seves obligacions.
2. Situa el funcionari en conflicte amb les seves pròpies obligacions.
3. S'ha de realitzar en qüestions en què l'òrgan al qual pertany hagi d'intervenir o pugui fer-ho.
4. Influeix en la imparcialitat o llibertat de decisió del funcionari.
5. Pot comportar una limitació considerable de la futura disponibilitat del funcionari.
6. És perjudicial per al crèdit de l'Administració pública.

La condició del paràgraf 2.1 es considera, generalment, que es compleix quan l'ocupació temporal d'una o més activitats accessòries arriba a superar una cinquena part de l'horari de treball habitual. L'autorització ha de revocar-se si una vegada atorgada s'origina una lesió dels interessos del servei.

3) Les activitats que el funcionari realitza sense que li siguin exigides, proposades o indicades pels superiors o que no es consideren d'interès per al servei, solament es poden realitzar fora de l'horari de l'activitat principal.

Hi pot haver excepcions al que hem dit anteriorment en funció dels interessos del servei, si no són contraposats a aquests i sempre que es recuperi el temps corresponent.

4) El funcionari que duu a terme una activitat accessòria pot utilitzar instal·lacions, personal o material de l'Administració si

aquesta ho permet, i si l'activitat a fer és de caràcter o interès científic, després de pagar prèviament la corresponent taxa en concepte de rescabament. La taxa haurà d'assolir les despeses corresponents i ser adequada als avantatges especials que es perceben mitjançant la utilització dels serveis del funcionari.

5) Les sol·licituds d'autorització (1.1), el reconeixement de situacions especials (3.2) i la decisió sobre aquestes sol·licituds, l'obligació d'acceptar l'activitat accessòria i el subministrament de qualsevol informació han de revestir la forma escrita. Per a la resolució d'aquestes qüestions el funcionari ha d'acompanyar les proves corresponents sobre la forma i les característiques de l'activitat accessòria. En el cas del paràgraf 3.1 s'ha de fer constar l'interès del servei.

A l'article 42 BRRG s'hi afegeix l'article 42 bis, que queda redactat de la manera següent:

1) Els funcionaris en situació de jubilació o antics funcionaris amb dret a emoluments, la relació administrativa dels quals faci menys de cinc anys que hagi acabat, i els que entrin en situació de jubilació complerts els seus setanta-cinc anys de vida que, abans de transcórrer un període de tres anys, acceptessin una ocupació mercantil o comercial fora de l'àmbit del servei públic que pogués estar en connexió amb l'activitat que realitzaven a l'Administració i pogués afectar els interessos d'aquest servei, han de posar en coneixement de l'Administració l'exercici d'aquestes activitats.

2) L'ocupació o activitat comercial o mercantil referida es pot prohibir si existia el temor fonamentat que els interessos del servei resultaven afectats.

3) La prohibició l'ha d'acordar l'autoritat superior de l'òrgan on es prestaren els últims serveis i finalitzarà passats cinc anys des que la relació va acabar. La competència per acordar-la pot ser delegada.

g) Disposicions transitòries

Les declaracions de compatibilitat atorgades abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei segons l'article 65 BBG, l'article 20 *Soldatengesetz*, o l'empara de l'article 42 BRRG perdran vigència una vegada passats sis mesos de la seva entrada en vigor. Pel que fa als

Länder comença el termini a l'entrada en vigor de les seves respectives lleis.¹²⁸

En el supòsit d'activitats accessòries que conforme a aquesta llei no es puguin realitzar, el funcionari haurà de renunciar a l'exercici d'aquesta activitat dins d'un termini adequat.

La llei d'incompatibilitats (*Nebentätigkeitsbegrenzungsgesetz*) entrà en vigor l'1 de març de 1985 (BGBl, 1985, pàg. 371).

De la seva lectura i anàlisi doctrinal se'n dedueix clarament l'immens poder discrecional de què gaudeixen les diferents Administracions a l'hora d'autoritzar les activitats, i l'escàs paper que juga el fet que els serveis o activitats es prestin per a l'Administració o en el sector privat.

5. *Problemàtica de la relació jurídica d'ocupació a temps parcial. La creixent desocupació com a causa de transformacions en el règim de funció pública*

Un dels problemes més greus en matèria de política interior és, evidentment, el tema de la desocupació; i un dels dadors d'ocupació que més nombre de llocs de treball pot oferir és, evidentment, l'Administració pública. No hi ha dubte que avui dia la política d'ocupació pública que l'Administració és capaç de realitzar influeix poderosament en el mercat de treball global d'un país. D'aquestes condicions, en l'actualitat, no se n'escapa la RFA. Encara més, es pot dir que aquesta circumstància planteja un canvi suculent d'imatge i de regulació de la funció pública i un dels aspectes on es reflecteix cada vegada més ràpidament i amb més claredat és en el règim de dedicació a temps parcial.

El desenvolupament del que ara es pot considerar creixent règim de dedicació a temps parcial s'ha anat produint de la manera següent: El 1969 s'introduí aquesta possibilitat com a modificació de les lleis de funcionaris i de la Judicatura, prenent com a base i justificació motius exclusivament de política de planificació familiar. N'eren condicions ser funcionari femení i haver-se d'ocupar d'un fill menor de 16 anys. La limitació de l'aplicabilitat d'aquesta innovació al personal femení va ser derogada el 1974.

128. El desenvolupament legislatiu es pot veure a E. U. SCHWANDT, "Massnahmen zur Begrenzung...", *ZBR*, núm. 4, 1985, pàg. 105, i núm. 5, 1985.

El pas següent fou el 1980, en què es complí i fomentà plausiblement la dedicació a temps parcial per motius estrictament de política d'ocupació. Aquesta causa desplaçava automàticament la de política familiar, que fins ara era l'única contemplada, i afavoria que es poguessin acollir al règim de dedicació parcial candidats al servei públic que generalment anaven a realitzar la seva tasca en règim de dedicació exclusiva (en el sentit d'incompatible amb qualsevol altra), i aquells altres el procés de formació dels quals es realitzava exclusivament des de l'Estat, ja que aquest posseïa el règim de monopoli de la seva formació.

Els preceptes que contenen aquestes disposicions (art. 44 BRRG) confereixen a aquesta regulació un caràcter d'excepcionalitat,¹²⁹ i per tant s'ha dubtat a vegades de la seva constitucionalitat. No obstant això, creiem que es poden fer les següents puntualitzacions:

- Atès el caràcter precisament excepcional d'aquesta dedicació, la seva autorització o permís s'ha de limitar sempre a temps concret.
- L'autorització de dedicació a temps parcial està condicionada al seu torn per la situació excepcional que determina l'interès públic i que obliga precisament a la dedicació a temps parcial.
- Per altra banda, aquesta dedicació a temps parcial ha de ser sol·licitada per l'interessat.
- La seva concessió no es pot imposar, i és viable tan sols si les exigències del servei així ho permeten.

La relació d'ocupació a temps parcial repercuteix en els denominats "principis tradicionals de la funció pública" de la manera següent:

- En el denominat principi de dedicació, entès com a principi de total ocupació del potencial de treball i en el sentit d'una completa i total ocupació i dedicació.

129. Pel que fa als Länder, la regulació de la matèria es troba a Rd Erl. d. MI d'11 de juliol de 1985 per a Niedersachsen; Verw. V del Ministeri de Cultura i Esports de 28 de maig de 1985 a Baden-Württemberg; resolució del Govern de Rheinland Pfalz de 13 de desembre de 1985, que es recull i s'incorpora en l'aprovació del pressupost del Land per a 1986-1987. Des d'un punt de vista material, aquestes disposicions conformen un *status* a temps parcial obligatori com a condició d'ingrés a la funció pública o llocs d'ensenyament i educació a 3/4 de dedicació del temps normal de treball.

- En el principi “de retribució” que exigeix que al funcionari, part de l'organització estatal, se li garanteixi un sou adequat a la seva dedicació i capacitat com a contraprestació de la seva tasca en interès de la collectivitat.

En la seva resolució de 30 de març de 1977, el Tribunal Constitucional federal no expressa clarament que aquesta dedicació a temps parcial sigui conforme a la *Grundgesetz*. La seva legalitat constitucional s'ha de contemplar des del prisma de l'article 33.5 GG, ja que en el desenvolupament legislatiu de la funció pública el legislador ha d'atendre no solament els seus preceptes estructurals, sinó també contemplar altres determinacions de caràcter fonamental, si aquestes produeixen efectes en determinats aspectes de la funció pública.

Des d'aquest punt de vista, l'article 20.1 GG, que regula el *Sozialstaatsprinzip*, conté una determinació oberta o, el que seria més correcte, una indeterminació pel que fa al contingut d'aquest, en termes de justícia social en sentit ampli. Precisament per això és el legislador qui ha de determinar el que es pot entendre per adequat a l'Estat de Dret social en un moment determinat. Així, mantenir un Dret de la funció pública socialment actiu i adequat, que a la vegada ofereixi a la societat un marc òptim per coadjuvar en la política d'ocupació combatent l'atur, es pot fer realitat solament sota les garanties jurídiques de l'article 33.5 GG. Cal, doncs, ponderar fins a quin punt les opcions del legislador atenen el principi de proporcionalitat donada la divergència de fins existents entre l'ordenació de la funció pública i l'establiment de polítiques adequades d'ocupació.

Si la relació a temps parcial es configura com a excepció a la regla general de la dedicació completa, es pot dir que la modificació operada és acceptable i d'acord amb la situació canviant que s'està operant. Si la relació a temps parcial es configura, en canvi, com una relació sorgida d'una regulació que exigeix la renúncia a una activitat accessòria remunerada, es pot considerar aquesta imposició inconstitucional; la renúncia a aquest tipus d'activitat (renúncia que s'ha de reputar il·lícita) implica una lesió del dret de lliure elecció d'ocupació o professió reconegut a l'article 12.1 GG.

A l'hora de comprovar els arguments anteriors i casar-los amb la regulació de què ha estat objecte, podríem prendre com a mostra la disposició aprovada a Niedersachsen l'11 de juliol de 1985, amb la forma jurídica de “Directrius per al foment de la dedicació a

temps parcial al servei públic". Dels preceptes que s'hi contenen, se'n dedueix clarament que, per a qui ingressa a la funció pública, la dedicació a temps parcial desplaça totalment la dedicació a temps complet i la inversió de termes que es produeix atempta profundament contra la regla proporcional "temps complet igual a remuneració adequada" (retribució adequada) i limita de manera il·lícita el contingut de l'article 80 NBG (*Niedersachsenbeamtengesetz*), que permetia aquesta dedicació sempre que fos lliurement sol·licitada pel funcionari.

En conseqüència, es pot dir que les directrius emanades de l'executiu de Niedersachsen no compleixen amb l'exigència de la reserva de llei per a tot allò que impliqui una essencial rellevància per als drets fonamentals i, com a conclusió, aquesta regulació i la que amb idèntiques condicions es pugui adoptar atempta contra els principis fonamentals de la funció pública.

Per altra banda, la regulació a la qual ens referim (imposició obligatòria del temps de dedicació parcial) per als qui ingressen implica també transgressió de l'article 44 BRRG fins ara en vigor, per la qual cosa és tasca del legislador federal regular, en un futur pròxim, si és una opció social vàlida el fet que, en determinades condicions, supòsits i casos, l'ingrés a la funció pública es pugui efectuar amb horaris de treball o dedicació reduïda. La discussió continua oberta i el debat doctrinal oscilla entre l'admissió-licitud-constitucionalitat de la figura¹³⁰ o el seu agut rebuig. Tanmateix, no falta gaire perquè el legislador s'hagi de pronunciar, ja que l'habilitació per atorgar autoritzacions per a la dedicació a temps parcial caducava el 31 de desembre de 1985, segons s'assenyalava a la tercera llei de modificació de la de funció pública de 10 de maig de 1980.

En acabar de redactar aquests paràgrafs, hem pogut recollir l'última posició doctrinal sobre la matèria, apareguda el desembre de 1985, en la qual s'exposen els problemes apuntats arran de la recent legislació promulgada a Bayern per adaptar el propi ordenament a la cinquena llei federal de modificació dels preceptes de la de funció pública de 25 de juliol de 1984, de caràcter marc.¹³¹

130. M. BENNDORF, "Zulässigkeit der Verhinderung der Aufnahme entgeltlicher Nebenbeschäftigung durch Teilzeitbeamte", *ZBR*, 1981, pàgs. 84 i ss.

131. R. SUMMER, "Besondere Probleme des Arbeitszeitstatus", *ZBR*, 1985, pàg. 237.

En efecte, el legislador bavarès ha procedit a modificar la pròpia legislació mitjançant la novena llei de 24 de maig de 1985 d'adaptació als preceptes marc sobre funció pública. El motiu de l'adaptació és la nova regulació de l'activitat a temps parcial.

La discussió que ha precedit la reforma i, és clar, la que ha continuat després, amb més força encara, té el mateix rerafons que les limitacions que s'han imposat a l'exercici de qualsevol altra activitat compatible. El seu objecte: la constitucionalitat d'aquestes noves concepcions.

Curiosament, la reforma bavaresa, última en el temps de les realitzades, va acompanyada d'una posició doctrinal que tracta de compaginar la dedicació a temps parcial, motivada per qüestions familiars, polítiques i de política de mercat de treball, amb el principi d'activitat principal, o dedicació fonamental, a què el funcionari està obligat d'acord amb els reconeguts principis fonamentals de la funció pública en el sentit de l'article 33.5 GG. Des d'aquest prisma, la dedicació a temps parcial amb renúncia a l'exercici de qualsevol altra ocupació retribuïda esdevindria constitucional. Aquesta és, de moment, l'opinió majoritària.¹³²

Tal com la legislació bavaresa contempla aquest tema (arts. 80.a i 86.a Bay BG), tant les autoritzacions com les denegacions per exercir la tasca administrativa a temps parcial són actes administratius de caràcter constitutiu que a partir d'aquell moment configuren un nou *status* per al funcionari pel que fa al temps i l'horari, segons el qual es determina qualsevol règim de retribucions.

Una condició que ha forçat a adoptar aquesta nova regulació és la situació d'excepció —pel que fa referència a l'oferta de treball— que exigeix de manera peremptòria ingressar a l'Administració. Situació d'excepció significa alguna cosa més que desequilibri del mercat de treball, i es tradueix en el fet que fins i tot persones amb la formació superior necessària no accedeixen de manera habitual o normal a llocs de treball.

La dedicació a temps parcial pressuposa la sollicitud prèvia per

132. BENNDORF, "Zulässigkeit der Verhinderung der Aufnahme entgeltlicher Nebenbeschäftigungen durch Teilzeitbeamte, ZBR, 1981, pàg. 84.

R. SUMMER, "Der besondere Gesetzesvorbehalt und- vorrang für Besoldung und Versorgung und sein Umfeld", ZBR, 1984, pàg. 253.

U. BATTIS, "Möglichkeiten und Grenzen der Teilzeitbeschäftigung von Beamten", *Verantwortung und Leistung* 14, 1986.

part del funcionari; i l'autorització i la determinació exacta de les hores que en l'autorització han d'estar exactament fixades, no poden ni han de quedar al lliure albir de l'Administració, perquè suposa una qüestió d'organització administrativa i és necessari compassar la pretensió individualitzada amb el correcte ordre i funcionament dels serveis.

A més a més, cal per autoritzar la dedicació parcial que el servei no se senti lesionat en el cas que disminueixin les hores del seu funcionament o dedicació, per la qual cosa és fonamental, segons el legislador bavarès, que es tingui cura d'aquells serveis que, per la seva essència, són insusceptibles de ser fraccionats en horaris no convencionals. La funció que per ella mateixa sigui insusceptible de ser fraccionada no pot pertànyer a aquells sobre els quals es pot autoritzar la dedicació parcial.

Una vegada alterat l'*status* de dedicació completa, el funcionari que pretengui acollir-se novament a aquella dedicació no gaudeix de cap dret a obtenir-la, sinó al contrari, ha d'acatar la decisió que adopti l'autoritat competent, si no és que en l'acte d'autorització s'hagués fixat un límit temporal a la dedicació parcial, i en aquest cas aquesta acaba amb el compliment del termini imposat.

Completarem el marc de l'anterior renovació legislativa assenyalant que és condició per a l'autorització de la jornada reduïda la renúncia a qualsevol altre tipus d'activitat remunerada per part del funcionari.

Al nostre parer, la legislació de Bayern sobre aquest tema ens sembla perfectament acomodada a la *Grundgesetz*.¹⁸³

133. Taula proporcional de l'ocupació a temps parcial 30-6-1980.

<i>Personal</i>	<i>Dedicació completa</i>	<i>Dedicació parcial</i>
Bund		
Administració	316.229	13.522
Soldats professionals	270.000	—
Ferrocarril	338.013	3.486
Correus	438.752	77.045
Länder	1.570.707	246.618
Seguretat Social (Bund-Länder)	203.473	23.106
Municipis	949.431	246.924
TOTAL	4.086.605	611.601

El 93 % de la dedicació parcial correspon a personal femení.

III. FUNCIÓ PÚBLICA UNIFORMEMENT REGULADA O SERVEI PÚBLIC SOTMÉS AL RÈGIM DE DRET PRIVAT?

Amb el present títol aHudim al tema dels àmbits diversos que componen l'*öffentlicher Dienst*. Dues branques s'hi distingeixen clarament: la dels funcionaris públics i el seu propi ordenament, al qual es dedica aquest treball, i la del personal empleat i laboral (*Angestellte i Arbeiter*).

El que passa és que, de la totalitat de servidors del sector públic, els funcionaris representen una minoria; a causa de la industrialització i de l'assumpció de noves activitats estatals, el nombre d'empleats i treballadors tendeix a augmentar sense parar, i cada vegada que es planteja una reforma de la funció pública torna a sorgir en primer pla la qüestió de la unificació d'ambdós sectors i reneix la polèmica de si això és possible sense procedir a la modificació constitucional.¹³⁴

Avui es pot mantenir que el Dret dels treballadors i empleats del servei públic és en part diferent però també en part molt semblant al Dret de la funció pública. Hi ha influït el fet que, en la societat industrialitzada, tant empleats com treballadors han anat progressivament ocupant llocs de més responsabilitat.

Contrastant amb tot això, i amb la diferència numèrica que sobre els funcionaris representen, la doctrina s'ocupa d'aquest tema comptades vegades, i des d'un punt de vista científic és difícil trobar aportacions bibliogràfiques que permetin intuir on es troba el límit entre el Dret públic i el Dret privat a l'hora d'aclarir per què un lloc de treball es cobreix amb un empleat o amb un funcionari.

Treballadors i empleats al servei públic són en general considerats treballadors (en el sentit oposat a empresari) al servei d'una persona jurídic-pública, sense que es puguin considerar funcionaris en el sentit del Dret públic. La separació obeeix, doncs, a criteris formals, en els quals a vegades compta poc si exerceixen o no funcions d'autoritat o sobirania, ja que encara que exerceixen aquesta classe de funcions, que teòricament haurien d'estar reservades a funcionaris (en el sentit estricte de la reserva de funció de l'article

134. El problema ja estudiat dels principis tradicionals de la funció pública, article 33.5 GG. Es pot veure també a SCHRÖDTER, "Eine Zeitschrift als Spiegel ihrer Zeit", *DVB*, desembre 1985, pàg. 1263.

33.4 GG), continuen essent empleats i treballadors. Com més referències a la reserva de funció fem, més dubtes tindrem de si un mestre, per regla general, hauria de ser funcionari.

La relació jurídica que s'estableix entre treballadors o empleats i l'Administració pública és una relació jurídica privada de caràcter contractual. Si el contracte fonamenta una relació jurídica privada com a empleat o si la fonamenta com a treballador és una cosa que depèn exclusivament de la voluntat dels contractants, encara que es pot deduir també dels signes externs de la relació. La relació de servei es configura i es regeix generalment pels convenis salarials.

Per als empleats del Bund, Länder i municipis regeix el conveni de 23 de febrer de 1961 (BAT); per als treballadors del Bund, els dos convenis salarials marc de 27 de febrer de 1964 (per als treballadors dels Länder s'aprova amb la mateixa data); i per als treballadors dels municipis regeix el de 31 de gener de 1962. Juntament amb aquests hi ha convenis especials per a *Bundesbahn*, *Bundespost* i personal de teatre (artistes).

No obstant això, el caràcter privat de la relació que s'origina, des d'un punt de vista material està profundament influïda pel dret de la funció pública.

Mitjançant aquesta relació es configura una relació de servei i lleialtat de caràcter especial. El seu contingut deriva dels convenis col·lectius i dels preceptes existents sobre la matèria (art. 611 BGB i 105 GeWO) de caràcter civil.

Els deures i obligacions que sorgeixen de la relació tenen un marcat caràcter administratiu, i entre els més importants podem assenyalar: el deure de complir les funcions respectives de manera neutral, el deure d'acatar les advertències, el deure de declarar les activitats accessòries a efectes d'incompatibilitats, el deure de mantenir un comportament no contrari a l'ordre de llibertats democràtiques i el deure d'observar la dignitat i l'atenció que les seves funcions exigeixen. Contràriament al que succeeix a la funció pública, no gaudeixen de deure de rèplica de les ordres dels superiors a efectes d'exoneració de responsabilitat.

Pel que fa als drets, gaudeixen del dret d'assistència (prestacions econòmiques), el dret de manifestar la seva opinió davant de les anotacions en el seu full de serveis, etc.

En relació amb el dret de vaga, la doctrina discuteix si en gau-

deixen o no, encara que la posició majoritària es manifesta en sentit positiu.

La relació de servei d'empleats i treballadors del servei públic acaba —deixant de banda el supòsit de mort, pel mutu acord entre els interessats i el transcurs del temps en les relacions temporals— mitjançant comiats de caràcter normal o anormal.

S'ha de fer esment, respecte al que hem dit anteriorment, que tot sovint són vàlids terminis considerablement llargs: després de quinze anys de servei ja no es pot procedir a un comiat; i per a un comiat normal calen causes o motius greus. La decisió sobre la legalitat o illegalitat dels comiats competeix a la jurisdicció laboral.

El sistema bàsic de prestacions d'aquest tipus de personal es fonamenta en la seguretat social; malgrat tot, per convenis salarials s'ha creat una assistència complementària, sobre les qüestions de les quals coneix la jurisdicció civil, ja que la relació que s'origina entre els que percebran aquestes rendes i la institució d'assistència és, en aquest cas, de naturalesa civil.



CAPÍTOL CINQUÈ

La pretesa reforma de la funció pública
a la RFA, tretze anys després



I. INFORME DE LA COMISSIÓ D'ESTUDIS PER A LA REFORMA DE LA FUNCIÓ PÚBLICA

Una mica més de deu anys han passat des que el Ministeri de l'Interior (*Bundesinnenminister*) va fer públic el resultat de l'informe de la Comissió d'Estudis que havia d'efectuar les propostes oportunes per a una reforma conscienciosa de la funció pública, que adaptés aquesta a les modernes necessitats de l'Estat i al desenvolupament progressiu de la societat actual. Llevat de lleus matisos, les proposicions que l'informe elevà continuen encara avui vigents.¹³⁵

135. Per resolució de 27 de febrer de 1970 el *Bundestag* encarregà al Govern federal la constitució d'una Comissió d'Estudis, que hauria d'estar formada per persones especialitzades en la matèria, per investigar la situació de la funció pública a l'Estat i la societat, i donar el resultat de la investigació al *Bundestag* abans del 31 de desembre de 1972, a manera de proposta per desenvolupar la reforma d'una funció pública adaptada als temps actuals. La investigació havia de contenir necessàriament un estudi comparat del tema en altres països i en la Comunitat Europea, i estructurar models adequats de funcionariat. D'acord amb la comanda, el Govern encarrega al Ministeri de l'Interior l'11 de setembre de 1970 la formació de la Comissió d'Estudis composta pels experts següents: K. D. BERACHER, H. DÜRR, H. FISCHER-MENSHAUSEN, K. A. GERMANN, H. GROTEGUTH, G. HARTKOPF, K. W. HERBST, L. KRALL, A. KRAUSE, N. LUHMANN, F. MAYER, R. MAYNTZ, I. VON MÜNCH, W. REUTER, G. SCHMIDT, H. J. SCHÄFER, J. M. SIMPENDORFER, P. ULRICH, L. WAGNER, H. WEISS; sota la presidència de FISCHER-MENSHAUSEN es constituí la Comissió l'11 de desembre de 1970. Per als treballs de la Comissió s'escoltaren i encarregaren estudis puntuals sobre temes concrets a diferents experts de la matèria.

Els dictàmens i l'informe de la Comissió d'Estudi foren editats per Nomos, Baden-Baden, 1972, en una col·lecció de 12 volums sota el títol comú *Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts*; els temes, autors i vo-

En el marc de l'encàrrec de què fou objecte la Comissió, aquesta dirigí els seus objectius cap a la reforma del nivell de seguretat i d'utilitat funcional del servei administratiu i la realització dels principis constitucionals que inspiren la funció pública. L'àmbit de l'estudi s'estenia al personal del Bund, dels Länder, de les corporacions locals i de les corporacions, institucions i fundacions de Dret públic; quedava exclòs de l'estudi el personal que compon les institucions estatals sotmeses al Dret privat, el personal de les forces armades i la judicatura.

Abordar aquí amb tota la seva amplitud l'anàlisi d'uns treballs la publicació dels quals comprèn dotze volums resultaria desproporcionat; però serà necessari alludir a alguns dels punts que l'informe de la Comissió elevà com a propostes, ja que, en qualsevol cas, és representatiu de la seriositat amb què s'ha d'emprendre la transcendent tasca de la reforma de la funció pública, no solament per la qualitat dels estudis i la concreció de propostes —es comparteixen o no els criteris que s'hi esgrimeixen—, sinó també per la finalitat i meta de les proposicions elevades, que descriurem tan sols en allò que es refereix a la relació de servei.

El factor determinant de la necessitat de la reforma esmentada s'expressava per la necessitat d'adaptar l'aparell de l'Estat a les funcions, serveis i prestacions que aquest ha d'assumir per adreçar

lums es corresponen de la manera següent: "Recht und System des öffentlichen Dienstes", KAISER, MAYER, ULE (vols. 1-4); "Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts", FORSTHOFF, MAYER, VON MÜNCH, SCHICK, THIEME, ULE (vol. 5); "Verfassungspolitische Probleme einer Reform des öffentlichen Dienstrechts", DAGTAGLOU-HERZOG, SONTHEIMER (vol. 6); "Personal im öffentlichen Dienst: Eintritt und Karrieren", LUHMANN, MAYNTZ (vol. 7); "Zur Entwicklung der öffentlichen Aufgaben in der Bundesrepublik Deutschland" Forsch. ELWEINZOLL (vol. 8); "Funktion und allgemeine Rechtsstellung-Analyse der Funktionen des öffentlichen Dienstes", SIEDENTOPF (vol. 8); "Arbeitsplatzstruktur und Laufbahnreform im öffentlichen Dienst", BEHR-SCHÜLZ, WILD, Institut für Sozialwissenschaftliche Forschung (vol. 9); "Auswahl von Bewerbern für den öffentlichen Dienst", TRIEBBE-FISCHER-ULRICH (vol. 10); "Wirkung und Verfahren der Tarifautonomie", WEIT-BRECHT (vol. 11). L'informe de la Comissió es publica amb el títol "Bericht der Kommission" (vol. 12).

S'ha d'advertir que ja el 1978, el Congrés de Juristes alemanys (*Deutsche Juristentag*) es plantejà si no seria adequada una reforma de la funció pública en consideració als canvis operats a l'Estat i a la societat; en la seva sessió de 1970, a Mainz, acordà recomanar al *Bundestag* i al *Bundesrat* que s'adoptessin els acords oportuns per emprendre la reforma de la funció pública.

la seva actuació a l'interès general. El *Leistungsprinzip*, que persegueix una *Leistungsverwaltung*, imposa l'agilitat de l'activitat estatal, que a vegades xoca amb el concepte tradicional de la funció pública, a causa principalment del grau d'especialització que s'exigeix a aquesta.

Parlar de la reserva de funció, en sentit estricte, de manera que tan sols els funcionaris serveixin en els llocs de treball als quals s'assigna exercici de funcions d'autoritat o sobirania, resulta, com ja es pot imaginar, obsoleta, quan s'està demostrant que els empleats assumeixen més i més paper en el joc de les competències de prestació (el 1970 representaven aproximadament el 40 % del personal del sector públic). La penetració d'aquesta força de treball als serveis estatals ha marcat profundament les diferències entre ambdós sectors, dotant el funcionari d'un caràcter elitista, i també accentuant les diferències existents de tradició, cultura, esperit de cos, etc.

La significació política de la reforma que es proposà resultava remarcada pel fet de considerar que el personal de l'Administració pública ha de donar suport a la responsabilitat estatal en l'exercici de les funcions que impliquen direcció, maneig i conformació d'una societat industrial i tecnificada, perquè aquella és, a més a més, garant de les llibertats i de l'ordre democràtic. Ambdós aspectes s'han de tenir en compte a l'hora d'intentar aconseguir una racionalització del procés del sector públic que ha d'estar en condicions de proporcionar a l'Administració, i aquesta al ciutadà, la cobertura de les necessitats d'un Estat modern. Per aquestes circumstàncies, la Comissió d'Estudis va concebre com a meta de la reforma que el sistema de funció pública es conformés de manera que els servidors de l'Estat estiguessin no *solament capacitats, sinó també motivats*, per correspondre a aquestes exigències.

1. *La motivació com a element de la funció pública*

La motivació per a l'exercici de les funcions públiques s'havia de concebre no solament en funció que els funcionaris hagin de posseir les condicions de seguretat i drets suficients o equiparables almenys amb els de l'altre sector del mercat de treball, sinó també que en l'exercici propi de la funció es pugui arribar a desenrotllar

qualsevol capacitat o promoció que correspongui al dret al lliure desenvolupament de la personalitat.

Des del punt de vista de l'organització i de la bona administració, la motivació més directa que seria l'adequada elevació de sous, no es pot atendre sense una ordenada previsió pressupostària, i sense que s'adoptin les mesures marc que afecten personal i organització, tenint en compte que l'Administració representa un dels focus més grans de creació de treball i que busca els seus propis límits per no distorsionar la política de mercat. Cal, doncs, atendre amb seguretat l'elevació del nombre de funcionaris i servidors de l'Estat, o almenys reflexionar sobre l'impacte que això representa en la totalitat dels pressupostos estatals, ja que l'augment de funcions repercuteix en l'augment immediat de personal, i l'augment d'aquest tipus de despeses repercuteix immediatament en la disminució de les inversions. Amb tot això no es pretén aconsellar una restricció de personal, però sí un equilibrat ingrés d'aquest per tal d'evitar una inflació progressiva que, a més a més, provocaria efectes també negatius en la remuneració dels funcionaris en no poder-se revalorar adequadament les seves pensions. Així doncs, *reforma de la funció pública sense reforma de l'Administració* en el seu aparell organitzatiu resulta una obra estèril.

2. *Distribució de funcions administratives entre funcionaris, empleats i treballadors*

Pel que fa al sistema vigent de distribució de funcions entre les tres categories conegudes de servidors de l'Estat, s'ha d'assenyalar, segons ho féu la Comissió, que la distribució actual no obeeix a cap criteri racional, ni és imposat per la qualitat de la funció. La legislació continuista que fins ara regeix en el Dret de la funció pública afavoreix un exercici formalista del càrrec, totalment rutinari, i tanca la porta a iniciatives internes i al seu possible desenvolupament renovador.

El sistema de carrera s'hauria d'estructurar de manera que s'orientés cap al tipus de prestació que s'hagués de prestar. Un sistema de carrera immòbil o inert impedeix la renovació o el reciclatge de les pròpies funcions, i va en contra de la mobilitat en l'ocupació. En conseqüència, el sistema de formació posterior a l'ingrés s'ha d'adequar i adaptar tenint no solament en compte les necessitats

del servei, sinó també el desenvolupament i la promoció del funcionari. Aquestes necessitats, que alguns Länder ja han detectat i han començat a cobrir de maneres diferents, s'haurien de reconduir a la unitat en limitació de desigualtats i desavantatges.

La Comissió destacà els punts anteriors i intentà proposar a mitjà termini la clarificació de la triple classe de personal abans referida, buscant un criteri que prenguéssim com a base les funcions, però que fos aliè al que fins ara s'aplica la major part de les vegades. La Comissió parteix de la diferenciació de funcionaris i empleats i tracta de donar directrius que superin la tradició de la reserva de funcions de sobirania per als funcionaris, perquè a més a més aquest exercici de funcions no implica una regulació especial per al personal que els presta, sinó tan sols en alguns dels seus aspectes, essent unes altres condicions d'entrada, carrera i sou exacte en tots els supòsits.

Tot apunta, doncs, a la necessitat de crear un servei públic regulat per una legislació unificadora que compregui la totalitat de les relacions de servei públic.

La unificació proposada l'ha realitzada, en efecte, la legislació de gener de 1977 ja coneguda; però en aquesta legislació es continuen donant els tradicionals criteris de distribució de funcions.

3. Relacions de serveis previsibles

Pel que fa als tipus de relació de serveis previsibles —permanent, limitada, a prova, i en formació—, la Comissió assenyala que el Dret de la funció pública preveu diferents relacions per a funcionaris i per a empleats.

Els funcionaris es poden trobar en alguna d'aquestes situacions: relació de servei a perpetuïtat (en la qual es confien funcions d'autoritat, sobirania i seguretat); relació per temps determinat segons la legislació que la reguli (funcionaris electius dels municipis); relació de servei a prova, com a pas previ a l'ingrés a la relació a perpetuïtat; relació de servei rescindible, per a futurs funcionaris en pràctiques o en formació que exerceixin funcions de sobirania i autoritat a temps parcial (com són, per exemple, en el camp científic els assistents d'Universitats o Escoles Universitàries).

Per altra banda, de l'ordenament laboral en resulten les relacions següents: a termini determinat; en període de prova; per a

aprenentatge professional; relació d'ocupació a perpetuïtat segons les prescripcions que regulin aquest tipus de col·locació; i relació d'ocupació a prova segons prescripcions que regulen aquest període amb vista a la relació a perpetuïtat.

Comparant les relacions dels funcionaris amb les dels empleats s'observa que la diferència és només formal, per raó del tipus de relació i de l'ordenament que les regula, però són totes reduïbles al primer quadre descrit: a perpetuïtat, temporals, a prova o de formació.

La reforma, segons la Comissió, hauria d'establir solament aquelles diferències que resultessin per raó de la matèria, en consideració a les funcions públiques i en consideració als interessos dels funcionaris.

D'aquesta manera, sota la qualificació de relacions permanents, s'haurien d'incloure la de funcionaris a perpetuïtat, empleats, també a perpetuïtat, i treballadors per temps indeterminat, ja que el denominador comú de tots és la relació a perpetuïtat, i així s'haurien d'agrupar i regular. La justificació de definir i agrupar aquest tipus de relacions està en la regularitat i estabilitat que atorga davant de les funcions públiques, i en l'agilitat que atorga a la futura política de personal, a la vegada que afavoreix la identificació del servidor amb la funció que realitza i facilita la programació personal de la vida de l'individu a qui afecta. És una recomanació concreta de la Comissió que la reforma no adopti com a regla general l'augment de relacions sotmeses a termini, sinó de les permanents o a perpetuïtat.

Les relacions a temps limitat que proliferaren en els últims anys poderosament significaren no altra cosa que prendre personal a temps determinat o transitori per exercir funcions que gaudeixen, però, de continuïtat. Això és el que passà sovint amb les relacions de funció pública de caràcter temporal, fins i tot de manera abusiva.

Aquest fenomen, però, no vol dir que no sigui recomanable continuar emprant, per raons de flexibilitat, especialment en determinades ocasions, aquest tipus de relacions temporals, ja que és aconsellable especialment en moments en què nous serveis estiguin mancats de personal adequat o degudament format. Però haurien d'obeir, pel seu caràcter excepcional, a raons de compliment excepcional de funcions de relativa urgència, sense ignorar els interessos dels qui se subjecten a elles. Pel que fa a aquest punt, la Comissió suggeria que

aquestes relacions no haurien de traspassar el límit temporal dels cinc anys perquè en qualsevol cas no arribessin a confondre's amb les relacions de servei permanents.

Pel que fa a les relacions de servei a prova (que inclouen les relacions actuals per a funcionaris, empleats i treballadors, cada cas segons la seva especialitat o formació), se sap que afavoreixen considerablement la decisió a adoptar, ja que exterioritzen, sobre la base del resultat d'aquesta, si la futura relació a establir, una vegada finalitzat el període de prova, és convenient constituir-la a perpetuïtat o limitada temporalment. Malgrat que sembli contradictori aquest suggeriment amb tot el que hem dit anteriorment, la Comissió proposa que ha de continuar existint aquest tipus de relació, però sempre proporcionada en el temps al tipus de relació que posteriorment s'hauria d'establir.

Per acabar, respecte a les relacions rescindibles, tant després de les pràctiques o com a preparació per a una activitat qualificada del funcionari o del treballador o empleat, la Comissió recomana que es fixin els terminis oportuns i les condicions d'exercici necessàries en una futura regulació que permeti a l'Administració poder continuar utilitzant-les.

4. Relacions a temps parcial

Les relacions permanents, temporals i de prova s'haurien de poder establir, segons la Comissió, també a temps parcial (la qual cosa resulta habitual per als treballadors, ja que regeix l'autonomia en la contractació, però resulta excepcional quan es tracta de funcionaris). Un factor determinant serien les circumstàncies de fet que motiven o no el treball o la funció a temps complet, ja que resultaria antieconòmic emprar d'aquesta manera personal que sols pot desenvolupar la seva activitat en horaris concrets.

Això suposaria avantatges per als casos de maternitat o per a aquells a qui resulti impossible realitzar el seu treball amb regularitat horària. La Comissió recomanava també la possibilitat que la futura legislació contemplés períodes llargs de permis en determinats casos, seguint el model que el 1969 s'introduí legalment per a les funcionàries.

5. Garanties de futura relació permanent

Pel que fa a la relació permanent, la Comissió recomana que s'ha d'establir un període de garantia en la funció que protegeix l'estabilitat del funcionari un cop passats cinc anys, ja que estima que la relació definitiva o permanent no ha de quedar en mans de l'Administració, especialment pel que fa referència a una hipotètica rescissió, que no evita, per altra banda, que el comportament culpable o la capacitat del funcionari puguin permetre a aquella l'aplicació d'algun dels supòsits d'excedència.

Aquest període de cinc anys, en el qual s'aconseguiria la protecció en l'ocupació (*Bestandschutz*), hauria de precedir-se d'un període de protecció davant hipotètics comiats (*Kündigungsschutz*). La diferència de trobar-se en un o en l'altre període serà determinant respecte a la pèrdua o no de la posició jurídica que l'interessat hagués adquirit (sou, prestacions socials, etc.), i ambdós sistemes de protecció haurien de donar-se en tots els àmbits de treball, si bé ara el primer d'ells és el típic de la funció pública. En opinió de la Comissió, la protecció referida col·laboraria en la consecució d'una major independència en el comportament, sense por de les represàlies del comiat, la qual cosa redundaria sempre en l'interès general (circumstàncies que distingeixen fonamentalment a qui serveix una ocupació, professió o ofici públic d'un de privat). Amb això, l'atracció del personal cap a l'Administració pública s'elevaria considerablement a l'hora de valorar els avantatges d'una continuïtat en el servei en vista de l'inconvenient, potser, de la pèrdua de flexibilitat, ja que les primeres superarien les últimes.

Per tot això, la Comissió proposà que la situació de protecció, estabilitat i permanència dels servidors de l'Administració s'aconseguís després de cinc anys de treball, però no abans de complir els 30 anys d'edat. Això coincideix normalment amb l'acabament del període de prova, i ofereix per tant a l'Administració l'avantatge de decidir sobre els funcionaris a prova que no consideri idonis abans que aquests compleixin també 30 anys. (Segons el Dret vigent, el període era de quinze anys i no s'aconseguia l'estabilitat i protecció en l'ocupació abans dels 40 anys.)

6. *Acabament de la relació de servei*

Pel que fa a l'acabament de les relacions de servei, la Comissió proposà que aquesta pogués arribar a finalitzar per decisió d'ambdues parts, encara que s'haguessin d'establir garanties, també per ambdues parts. A petició del personal pot finalitzar aquesta fins i tot contra la voluntat de l'Administració que pretengués fer observar els termes convinguts.

Per altra banda, la relació de servei permanent, acomplert ja el període de protecció, pot ser rescindida per l'Administració solament per decisió judicial, i amb incompliment greu de les funcions del servei. Si la relació no s'havia establert de manera permanent, pel fet de no haver-se aconseguit l'estat o situació d'estabilitat i protecció, pot ser rescindida per ambdues parts —en aquest cas entrarien en joc els drets de protecció davant del comiat.

Per acabar, la Comissió proposà que determinats supòsits de finalització de les relacions de servei hauran d'estar necessàriament contingudes a la llei, com són la inhabilitació, la pèrdua de la nacionalitat, la constitució de nova relació de servei amb una altra Administració, la pèrdua dels drets fonamentals, les condemnes penals per la Comissió de delictes contra l'ordre democràtic, etc.

7. *Unificació d'obligacions exigibles*

Pel que fa a les obligacions exigibles, la Comissió proposà que s'establís un règim comú per a totes les funcions d'igual significació, i que les obligacions que per a cada una de les funcions es puguin exigir estiguin expressades i concretades a la llei.

El motiu, com es pot endevinar, no era altre que el de la confusió que hi havia entre les diferents classes de servidors de les Administracions públiques en virtut de la seva actitud de lleialtat i neutralitat. Aquests deures s'haurien de concretar primerament en la reserva i moderació en actituds polítiques, i també en l'acceptació de l'ordre econòmic estatal.

Des d'un altre punt de vista, es proposava la unificació d'un Dret disciplinari, a través de reglament i ordenances de servei, en el qual serien competents, per raó de la matèria, els Tribunals administratius. La referida regulació hauria de ser d'aplicació general a funcionaris, empleats i treballadors.

8. Responsabilitat del personal

Pel que fa a aquest tema, la Comissió assenyalà que la responsabilitat en què pot incórrer el personal del servei públic s'hauria de limitar als supòsits d'engany o negligència greu i inexcusable, i la relació de responsabilitat hauria de romandre en l'estricta àmbit administratiu. En aquesta relació s'ha de distingir clarament dos moments: la via de retorn de l'Administració, que ha d'abonar a un particular la indemnització necessària pels danys soferts, amb la possibilitat d'allegar la lesió que el funcionari o empleat ha ocasionat a l'Administració.

El que passa és que en el Dret actual la via de retorn davant d'empleats, funcionaris o treballadors, solament es pot invocar per engany o negligència greu. Malgrat això, quan es tracti d'actes d'autoritat, la via de retorn és possible en qualsevol circumstància, si no intervenen factors d'atenuació de la responsabilitat continguts en lleis laborals.¹³⁶

9. Llocs de treball o ocupacions accessòries

Pel que fa a aquesta qüestió, la Comissió s'inclina a admetre l'exercici d'ocupacions accessòries de caràcter obligatori quan l'Administració ho exigeix així; tanmateix, els emoluments que excedissin d'una determinada quantitat s'han d'ingressar o retornar a l'Administració on es presten els serveis principals.

Pel que fa a les ocupacions complementàries fora del servei administratiu (el controvertit tema de les incompatibilitats), un sector de la Comissió s'estimà més distingir entre aquelles que requerien autorització i les que s'havien d'entendre lliures d'aquesta. Un altre sector s'inclinà pel sistema d'autorització amb reserva de prohibició i el deure d'advertir l'Administració de les tasques que es realitzen. Curiosament, la reforma legislativa recent d'aquesta matèria ha continuat en la línia proposada per la Comissió.

136. Encara que el tema fou debatut, de la responsabilitat de l'Estat davant del ciutadà no se'n va ocupar la Comissió, atès que ja estava en marxa la Comissió corresponent que havia de preparar la legislació federal sobre responsabilitat de l'Estat, que va emetre el seu informe l'octubre de 1973, "Reforma des Staatshaftungsrechts", editat pel *Bundesminister der Justiz*. La llei, que s'aprovà en el *Bundestag* el 26 de juny de 1981, va ser declarada nul·la per decisió del Tribunal Constitucional federal el 19 d'octubre de 1982.

10. *Vies de protecció jurídica*

Pel que fa a les vies de recurs exercibles pel personal de l'Administració, la Comissió es manifesta unànimement d'acord amb la proposta d'unificació del coneixement de totes les matèries relacionades amb el servei públic a la jurisdicció administrativa, eliminant el coneixement de Tribunals laborals disciplinaris i ordinaris que juntament amb els administratius són els que tenen competència per enjudiciar aquests litigis. Caldrà d'excloure'n les matèries relacionades amb l'assistència social en els casos en què aquesta fos atesa per la seguretat social. A més a més, seria convenient, proposa la Comissió, la institucionalització d'una jurisdicció que conegués tots els supòsits en què s'apliquen les ordenances de servei, eliminant la intervenció dels Tribunals civils en la via de retorn.

11. *Representació del personal*

Pel que fa a les formes de representació del personal, la Comissió afirma que el dret a ser representat en les decisions que els afectin forma part del Dret del servei públic i del seu personal; i les normes que regulin en el futur aquesta representació queden en la línia divisòria entre la responsabilitat política i la participació del personal administratiu.

Aquestes van ser algunes de les proposicions de la Comissió d'estudis, d'una manera molt esquemàtica, que no arribaren a veure's reflectides en una reforma de l'envergadura que en principi semblava que es produiria.

II. L'ALTRA CARA DE LA MONEDA. EL CONGRÉS DE PROFESSORS DE DRET POLÍTIC (BONN, 1978)

La preocupació insistent per l'Estat i les perspectives de la reforma de la funció pública no cessà de ser l'objectiu predilecte de doctrina i juristes, i a un tema tan candent es dedicaren les ponències dels professors W. Rudolf i F. Wagener que presentaren a la reunió anual referida en el títol que encapçala aquest epígraf.¹³⁷

137. "Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart", *VVDStRL*, núm. 37, 1979.

Ambdós ponents analitzaren les circumstàncies presents i establiren els pronòstics futurs de la funció pública, entenent-la com el total d'efectius que sota un o altre règim componen l'element personal de l'Administració. No hi ha dubte que els seus plantejaments i objectius parteixen de punts de vista diferents dels de la Comissió de Reforma; per això val la pena efectuar una anàlisi també d'aquests documents, ja que ens mostren el problema sis anys després de la publicació de l'informe de la Comissió, i sis anys abans del moment en què ara ens trobem.

Primer analitzem les tesis exposades per Rudolf.¹³⁸

Per a aquest autor, els efectius de personal constitueixen l'element essencial de l'Estat modern i per això el seu desenvolupament és una cosa absolutament vinculada al mateix Estat. Si els Estats del món modern i el Dret internacional actual es fonamenten en el principi d'igual sobirania, des d'un punt de vista extern l'Estat apareix com una concentració de poders públics, i els intents de reducció o aïllament d'aquests comporta la disminució de la posició de l'Estat en la comunitat internacional.

Contemplant així l'Estat i les funcions que aquest ha de realitzar a través dels seus mitjans materials i personals, la diferència entre Estat i societat, com a capes o estrats indiferenciats de la col·lectivitat, s'exterioritza a través de l'organització que a aquell li és immanent. Per això, els individus-servidors de l'Estat han de dirigir les seves mires cap als interessos d'aquest, ja que quan l'Estat determina normativament quines funcions ha de garantir, o fins a quin punt es proposa aconseguir els seus fins concrets, ho fa basant-se exclusivament en l'ordre constitucional.

Actualment, però, el que passa és que l'Estat se sobrecarrega a si mateix de funcions, que repercuteixen essencialment en les orientacions econòmiques de l'època. La Constitució, ordre fonamental, exigeix un servei o funció pública dependent d'aquesta; l'Estat és per a la funció pública el que aquesta és per a l'Estat. Com és una é l'altra, i viceversa; i així passa en tots els països i afecta tots els règims, encara que resulta difícil establir comparacions entre uns i altres, si aquestes es desvinculen del seu corresponent context històric.

138. W. RUDOLF, op. cit., pàg. 212.

Pel que fa a la RFA, s'ha de significar que no hi ha un concepte general i únic que ens serveixi per descriure el que és el "servei públic" (*öffentlicher Dienst*) com a resultat dels efectius personals de l'Estat. El que sí que és clar és que la funció pública ha crescut desmesuradament i ha canviat en la seva estructura; la suma de treballadors supera la d'empleats; l'ocupació a temps parcial augmenta també considerablement, i aquestes dues circumstàncies són per elles soles condició suficient per plantejar-se'n la reforma.

Una reforma que partís dels dos últims punts expressats no es podria efectuar sense una modificació constitucional, ja que la garantia constitucional de la funció pública es consagra a la *Grundgesetz*. Però fins i tot pensant en una modificació constitucional, s'hauria de buscar la fórmula que garantis que l'Estat no renuncia a la competència d'una regulació superior sobre la matèria, i que a la vegada garanteix la capacitat funcional de l'organització estatal d'acord amb principis constitucionals inamovibles.

En una societat pluralista, el poder de l'Estat continua essent indivisible i el fonament de les funcions estatals resideix en la Constitució, encara que les seves funcions es concretin mitjançant llei, normes o prescripcions d'inferior rang, i decisions administratives de caràcter intern. La marea legislativa (*Gesetzesflut*) —de legislació i de disposicions— és una bona mostra de la manca de consens de la societat pluralista, i com més interna sigui la malla de disposicions i normes, més gran serà la possibilitat que el mateix element personal determini per ell mateix quines són les seves funcions.

D'altra banda, la reforma actualment pretesa deixa intacta la reserva de funció de l'article 33.4 GG, i l'exercici de funcions de sobirania no es defineix des del seu contingut, sinó només des del seu aspecte formal, i el punt central on resideix la qüestió és l'actuació estatal sotmesa al Dret públic, ja que s'exerceixen funcions de sobirania quan s'actua sota formes jurídicopúbliques gràcies a la legitimitació també jurídicopública (cal fer notar la diferència d'opinió respecte de l'informe de la Comissió), però la preparació administrativa interna d'actes d'autoritat implica també exercici de competència de sobirania, independentment del subjecte que l'hagi de realitzar. En la diferenciació entre Dret públic i Dret privat s'han d'assegurar en consonància les diferents conseqüències jurídiques que d'aquesta actuació se'n deriven també per als particulars. Per

tant, la dispensa material de la reserva de funció ha de ser interpretada àmpliament.

Tornant a la reserva de funció, i des d'un altre punt de vista, l'estreta connexió entre *Dienstverfassung* i *Amtsverfassung* produeix efectes en el repartiment de competències de l'Estat federal i en la garantia de l'Administració local, ressaltant-se així la intensa connexió existent entre el Dret de la funció pública i el de l'organització estatal. Pel que fa a això, tota funció a temps parcial limitada per raó de la mateixa funció s'ha de considerar lícita, però en cap moment el Dret del servei públic no ha d'esdevenir un instrument de política de lloc de treball i ocupació. (Cal notar que aquests arguments han estat utilitzats cinc anys després quan s'ha endegat la reforma de les incompatibilitats, de les ocupacions accessòries o complementàries, i especialment de les recents reformes legislatives de la dedicació a la funció pública a temps parcial.)

Es pot dir que les opinions expressades anteriorment concorden en part, i en part divergeixen, amb les de la Comissió. Però és el denominador comú d'ambdues enllaçar la reforma futura de la funció pública amb les tècniques que pretenen la clarificació, el sanejament i la reducció de les disposicions existents en aquesta matèria, i especialment la unificació de les funcions. Bategant sempre entre línies, roman el dubte de si la funció pública s'ha de mantenir o substituir quan ella mateixa s'ha anat transformant amb el temps.

De manera diferent, la ponència de Wagener¹³⁹ se centra en l'anàlisi del present i el futur de la funció pública a la RFA. Des d'una visió potser una mica idealista, les conseqüències a què s'arriba són notablement diferents a les que s'ha analitzat fins ara. (La reserva de funció i els principis tradicionals de la funció pública no es tracten en la ponència.)

L'autor comença assenyalant que, en comparació amb l'estranger, el servei —la funció pública— a la RFA és acceptable: es treballa de manera efectiva, competent, especialitzada, correcta, allunyada de qualsevol interès i d'acord amb l'Estat de Dret. (Aquestes afirmacions posen de manifest l'aspecte ja advertit una mica ideal de les posicions d'aquest autor.) Tanmateix, seria diferent, assenyalant l'autor, si hi penetrés l'influx d'altres factors que relaxessin la vinculació del poder executiu a la llei i al Dret, ja que la funció pública

139. F. WAGENER, *VVDStRL*, núm. 37, 1979.

sovint ha de renunciar a funcions executives, externes i de direcció per tal de poder governar la seva pròpia activitat, i un significatiu nombre de coordinadors, especialistes, "inventa" funcions cada cop més complicades en les quals amb prou feines es dona ocasió als parlamentaris d'intervenir. En el terreny de l'execució, això crea una Administració sobrecarregada per l'abundància i la intensitat de les disposicions a aplicar; Dret i llei se li escapen de les mans, i en quins punts s'acompleix, es controla i es garanteix la llei, ho decideix sempre l'Administració, almenys en allò que és fonamental. (Aquestes opinions ja han perdut el to idealista de les primeres, i exterioritzen la més franca i autèntica realitat.) Veritablement, la doble topada de funcions que es produeix, la majoria de vegades inconstitucional, podria preparar per al futur la transformació i el desplaçament dels poders de l'Estat.

A la RFA es considera que la funció pública és un factor polític integrador del mateix Estat i, entre tots els elements estabilitzadors tant centralitzadors com descentralitzadors que el componen, la funció pública es pot considerar com un element estabilitzador de caràcter centralitzador. Per damunt de la Federació, dels Estats membres i dels municipis, existeix un servei públic personal pràcticament unificat que funciona de manera discreta d'acord amb les necessitats, i en el qual es pot, en suma, confiar, segons l'opinió de Wagener. La xifra de persones que el componen s'ha engrandit paral·lelament al desenvolupament industrial general, i el creixement ha estat proporcionalment més gran en sectors com l'ensenyament, la salut i la seguretat social que en aquells altres destinats a l'Administració general. Si inversament a l'augment i assumpció de nous serveis s'hagués aturat el creixement de l'efectiu humà, l'assistència a prestar hauria disminuït sensiblement en qualitat o en quantitat. Tot el Dret del personal de l'Administració, que durant molts anys s'ha mogut al voltant de l'estatut del funcionari, ha començat recentment a desplaçar-se cap a les formes de contractació, i el seu resultat ha estat que la descripció de les diferents situacions i formes, que adoptava generalment una estructura piramidal, ha evolucionat fins a adoptar una estructura en forma de *ceba*, en al·lusió a les seves diverses capes. En general, la major part del personal al servei de l'Administració desitja manar; pocs volen complir.

No sense raó se cerquen formes de servei que s'assemblin, ja que no poden coincidir, a les utilitzades per l'empresa privada, tot

i que en el fons tampoc no es vol renunciar a la funció pública tradicional; com a resultat, es procedeix a la recerca d'orientacions pròpies, davant l'actitud resignada que la funció i el servei públic en bloc intenta ja per si mateix complir amb l'interès general.

Canviant de tema i observant què és el que passa amb la funció pública i els partits polítics, el ponent adverteix que una bona part d'alts càrrecs està en condicions de deixar de ser un instrument neutral del compliment de les lleis que aprova el Parlament, ja que davant lleis, decrets i plans aprovats té la possibilitat d'introduir variacions que no sempre coincideixen amb els fins o propòsits que determina la majoria parlamentària. D'altra banda, els partits polítics intenten introduir funcionaris en el Parlament, i omplir els llocs de l'Administració, iniciant una font d'autodeterminació dintre de la funció pública independentment del mateix partit polític. Des del punt de vista sectorial, la burocràcia de coordinació s'encarrega extensament de definir el model de compliment dels serveis públics, alhora que va descobrint noves funcions amb ajut de plans, decrets i lleis, el resultat dels quals és la comunicació vertical entre especialistes; de cadascun dels respectius sectors sorgeix una elevació permanent del nivell de programació de prestacions en l'Administració.

Però tot això no és comparable amb el perill que suposa per a l'Administració la sobrecàrrega legislativa que ha de suportar en el terreny de l'execució, ja que no és exagerat dir que tan sols una petita part de les normes actuals es poden interpretar, complir i controlar. La preferència per les que estableixen terminis breus o imposen comprovacions, l'augment del treball d'oficina enfront del treball extern, aconsegueixen que les contingudes en preceptes que estableixen serveis bàsics cautelars o autènticament socials s'esfumin a l'hora de la seva execució. Malgrat tot això, segons Wagoner, la funció pública funciona, encara que per fer-ho recorri a sistemes pràctics, a vegades de dubtosa constitucionalitat, i s'hi veu obligada per raons que li són alienes.

Què es pot esperar de la funció pública a la RFA en els propers deu anys? Wagoner va profetitzar que l'augment i la complicació dels serveis públics provocarien un progressiu endeutament estatal a causa del seu cost elevat, i el nivell d'ingressos dels funcionaris romandria per sota de l'increment racional, la qual cosa, al seu torn, provocaria —ha provocat— el descens de qualitat en la forma de

prestació dels serveis. En la successió d'aquests esdeveniments, els grups d'efectius que desenvolupen tasques anàlogues tendiran a equiparar-se, i funcionaris, empleats i treballadors es confondran els uns amb els altres. La institució del funcionariat s'aproxima a complir el paper d'una closca buida, i la seva pròpia imatge es desdoblarà en la recerca d'un model semblant al de l'empleat d'una empresa privada, ja que la crítica de la burocràcia, o la creixent enveja davant dels seus suposats privilegis, en èpoques també de creixent desocupació, acabaran per perjudicar seriosament la seva imatge, ara ja mal acceptada. D'altra banda, els partits polítics necessitaran reforçar mitjançant una legislació cada cop més intensa la coordinació i l'articulació burocràtica a l'efecte d'aconseguir el compliment dels seus fins amb millor èxit, i la simbiosi entre partits polítics i serveis, tant en el Parlament com en els Ministeris, serà cada cop més intensa al llarg i ample de la RFA. El sistema de planejament, finançament i decisió conjunta augmentarà la burocràcia de coordinació i complicarà la prestació dels serveis, encara que pretengui elevar el seu nivell, i les irregularitats que resultin d'aquesta tessitura seran beneïdes per normes tranquil·litzadores, les quals desplaçaran a un segon rang la qualitat de l'execució.

Com a conclusió directa de tot això es produirà una desvinculació del poder executiu de la llei i del Dret; la subordinació a la llei del segon poder es posarà en qüestió. No en va la intensa assumpció de serveis i la densitat de la regulació que provoquen ja fa anys que es va dient que és la causant que a l'hora de la seva execució solament es tingui en compte una petita part de la totalitat de les lleis, reglaments, directrius, decrets, programes o plans, l'aplicació dels quals es a més a més elegida lliurement pel funcionari que aplica aquestes disposicions a la decisió concreta. Es fa necessari perdre la fe en els pretesos efectes de direcció atribuïts a la major part de la legislació, ja que són les mateixes lleis, decrets o plans els primers que han de ser alleugerits, simplificats, polits, eliminats alguns i, per descomptat, desenvolupats amb precaució i cautela en un futur.

En el terreny polític i administratiu general de la RFA, s'adverteix una pugna davant tot tipus d'agrupacions verticals especialitzades; les funcions comunes entre Federació i Estats, Federacions, Estats i municipis, o entre municipis i agrupacions municipals, no

haurien de proliferar en un futur, sinó reduir-se considerablement (Cal notar la importància de les afirmacions anteriors, ja que en part ataquen l'essència cooperativa de la tasca d'execució comuna d'iguals funcions en un Estat federal, opinió que no és mantinguda aïlladament i que, des d'un altre punt de vista, implica la proliferació d'òrgans, focus i fonts de decisió que incideixen, de vegades negativament, en la burocràcia administrativa.)

Pel que fa al tema de la formació del personal, acaba l'autor assenyalant que els juristes de formació jurista unitària, respecte de l'Administració general interior, es col·loquen en situació de competència en relació amb els que provenen de les noves Escoles Superiors d'Administració i, per tal de reforçar l'Estat de Dret, limitant a la vegada les tendències dia a dia més perfeccionistes del personal especialitzat, el jurista ha d'assumir també el paper d'especialista i esdevenir la figura directiva per excel·lència del servei públic. És per això que el segon període de preparació pràctica en la formació jurídica s'hauria de derivar en períodes de pràctiques jurídiques i de pràctica administrativa. (Curiosament, tindrem ocasió d'estudiar la posició totalment contrària, quan en el capítol següent ens referim a la formació i perfeccionament dels funcionaris dels cossos directius, on, com a contraefecte de l'actualment anomenat monopoli de juristes, es propugna la primacia dels especialistes amb prou coneixements jurídics per exercir les funcions esmentades.)

Com a conclusió de tota l'exposició anterior, podríem assenyalar que per damunt de totes aquestes raons s'alça el fet de l'estructura federal dominant en el pla polític, la realització efectiva de la qual complica, o com a mínim no simplifica, l'adopció de les decisions que generalment es confien a òrgans de composició mixta on participen diverses Administracions, la complexitat de les quals entenem que és una de les causes que fan que tant l'aparell legislatiu com l'executiu descurin en la seva respectiva producció normativa el pla de l'execució. El divorci entre la lletra de la norma i el procediment, aparell, execució i element humà per posar-lo en marxa s'imputa a l'Administració. L'augment galopant de l'Administració prestacional comparat proporcionalment amb el de l'Administració interventora, carrega el pes de la tasca administrativa sobre la primera, amb disminució proporcional de la segona, tradicionalment

encarregada de les funcions d'autoritat; i, mentrestant, en la ment i en l'esperit de les reformes fins ara proposades continua latent l'enyorament d'una funció pública tradicional com a símbol del poder o del maneig del poder de l'Estat.

La fita principal que una reforma hauria d'assolir segons la nostra opinió és la desburocratització i aquesta operació no és possible que l'efectuï exclusivament l'executiu, ja que no és l'Administració la responsable immediata de la burocratització que s'està produint. Pel que fa a això, subscrivim totalment l'opinió de l'últim dels autors esmentats, ja que entenem que la situació creada i les seves causes podrien ser perfectament traslladables al nostre país, especialment des de l'època postconstitucional, quan es posa en funcionament l'Administració autonòmica.

III. REFORMA ADMINISTRATIVA. LEGISLACIÓ I DESBUROCRATITZACIÓ MITJANÇANT LLEIS DE MILLOR EXECUCIÓ

Recentment, sectors doctrinals determinats vénen insistint de manera regular sobre el dèficit d'acompliment de les normes. Les lleis s'aproven amb rapidesa i es publiquen sense comprovar-ne la qualitat ni les possibilitats d'acompliment. Sobren lleis, o, el que és millor, sobren preceptes reglamentaris. Com que els textos legals no preveuen prou els seus procediments d'acompliment, l'executiu accepta el paper de concretar-lo; però, acuitat la major part de vegades per les presses que les disposicions legals contenen, recorre o al sistema de disposicions reglamentàries o a la introducció de més nombre de personal en l'Administració pública. El llast que això ocasiona finalment s'ha deixat notar.

Avui és unànimement acceptat que un dels sistemes de desburocratització administrativa és intentar l'aprovació de lleis fàcilment executables, les quals impliquin un menor cost en serveis i que al mateix temps siguin més efectives, i que calculin a la bestreta les instàncies necessàries per al seu acompliment. A més a més es deixa sentir la necessitat d'alliberar l'ordenament del llast de disposicions vigents, en part perquè el legislador no va tenir la paciència per calcular, comprovar i establir quines disposicions es veurien afectades en entrar en vigor les noves. Sobretot cal frenar l'ús i abús de preceptes reglamentaris, relegant-los al paper que realment han d'adoptar,

que és el de regular aquells aspectes que una llei no ha de contenir, a fi de no convertir-la en llei ordenancista.

C. Böhret - W. Hugger¹⁴⁰ destacaven el 1980 que la creixent intensitat de la legislació actual no sols porta a la inseguretat i al rebuig de la seva acceptació per part dels ciutadans, sinó també al fenomen de la burocratització, el qual crea seriosos inconvenients des de punts de vista polítics i democràtics. Per a l'Administració, cada cop és més difícil observar tots els preceptes en vigor (fins i tot és difícil conèixer-los), i li resulta també difícil d'aplicar-los, almenys amb recta intenció i sense interès a posar obstacles. Aquesta dificultat abasta les cotes més elevades en el pla de l'Administració local.

Cal tenir en compte, a més, que la tendència a dictar disposicions sense prendre en consideració els moments de la seva execució planteja seriosos problemes també des del punt de vista de l'efectiva consecució de l'Estat de Dret. Ens hauríem de preguntar, com fan els esmentats autors, si no és necessari limitar la producció normativa quan les lleis no es dicten en consideració als particulars, ni són executables de manera acceptable, o s'elaboren sense atendre els seus aspectes pràctics. Per tal d'evitar tot això, es formulen propostes a fi que les lleis s'aprovin amb un nivell més alt i amb més rigorositat tècnica, tenint en compte la complexitat de la matèria que pretenen regular i les instàncies que han d'acomplir-les, mitjançant la seva participació, si s'escau, en l'elaboració d'aquelles; s'hauria de promulgar un nombre menor de lleis i atorgar també un nombre menor de delegacions reglamentàries; cal frenar la fugida del legislador de la seva pròpia responsabilitat. Per al bé de l'Administració i del ciutadà cal que les lleis que es formulen en atenció a aquests puguin ser executables per aquella i cobreixin els supòsits de fet en els quals s'aplicaran de manera exhaustiva.

No hem pretès sortir del tema en introduir els arguments anteriors; més aviat al contrari, són aquests els que poden posar de relleu que qualsevol reforma esdevindrà estèril si no es procura en primer lloc frenar les causes que deterioren la pròpia essència del servei de l'Estat.

140. C. BÖHRET-W. HUGGER, "Entbürokratisierung durch vollzugsfreundlichere und wirksamere Gesetze", dins *Speyerer Arbeitshefte*, núm. 35, 1980.

IV. ALTS CÀRRECS DE L'ADMINISTRACIÓ PER TEMPS DETERMINAT. LLOCS DIRECTIUS "AUF ZEIT"

De manera especial val la pena destacar, dintre de la reforma del servei públic, el problema de l'exercici d'alts càrrecs administratius per temps determinat o removibles.

Dintre de la reforma de l'Administració, més encara com a conseqüència dels esforços que es realitzen per adaptar els efectius personals a les necessitats d'una societat industrialitzada, sense perdre de vista la conservació del principi d'eficiència, es planteja la qüestió avançada en el paràgraf anterior com un dels punts crucials on s'haurien de trobar la política administrativa, l'oportunitat de les decisions i la concreció de l'eficiència i optimització dels serveis de l'Administració. Sota l'influx d'Administracions públiques, en els sistemes de les quals es contempla l'esmentada possibilitat, vegem com es resol la proposició que va plantejar l'informe de la Comissió per a la reforma de la funció pública.¹⁴¹

Al si de la reforma de maig de 1976, efectuada pel Departament de l'Interior, es va atendre la limitació temporal de l'exercici de funcions públiques de totes aquelles que representaven càrrecs superiors administratius. El motiu no era altre que obtenir la mobilitat suficient en els nomenaments d'alts càrrecs, per tal de procedir a un acompliment més exacte del principi d'eficiència, sota l'observança de cauteles adients que evitessin qualsevol comportament arbitrari o inconstitucional. És tractava, en resum, de transformar la proposta llançada per alguns membres de la Comissió de Reforma d'un concepte practicable, repetim, sota les anteriors reserves.

El motiu pel qual un sector minoritari de la Comissió havia proposat aquesta innovació en l'esmentada reforma no era altre que el fet que "la capacitat d'innovació i d'eficiència de l'Administració es fonamenta per damunt de qualsevol altra causa en la qualitat dels directius que la regeixen"; els titulars dels càrrecs directius han de ser en tot moment imposats de qualificacions comprovables mitjançant signes externs, com són les iniciatives, la motivació, l'energia d'execució, la capacitat d'adaptació a riscos. Aquests atributs han de ser decisius a l'hora de valorar el nomenament i la separació dels càrrecs directius i cal que comptin a l'hora de procedir al sis-

141. "Bericht der Kommission", op .cit., 1973, pàgs. 240-242.

tema mitjançant el qual haurien de ser elegits. A causa del seu escàs nombre —es deia— calia regular de manera uniforme i determinar que els càrrecs directius serien elegits per un període de sis anys; la seva revocació-separació, abans de transcórrer aquest termini, havia d'obeir també a causes determinades.

La majoria de la Comissió va replicar a la proposta assenyalant que els titulars de càrrecs directius han de ser protegits davant influències exteriors, especialment pel que fa a la seva independència. La rotació d'aquests llocs per motius d'influència o decisió política podria comprometre l'estabilitat de l'Administració pública tants cops posada de relleu pel Tribunal Constitucional federal.

En el programa d'acció se subratllava, com a fita i propòsit de la regulació de les classes superiors, necessitada de reforma temps enrera, la designació temporal dels alts càrrecs. És va considerar imprescindible trobar la solució i dictar les normes que reguessin els inconvenients que la solució proposada presentava i asseguressin la neutralitat en l'exercici del càrrec i la independència dels titulars de les classes directives davant la creixent influència i abús d'algunes.

No obstant això, crida l'atenció, en revisar la situació descrita, el fet que no s'intenta donar una definició unívoca del que hom entén per mobilitat dels càrrecs o llocs, ni s'aconsegueix definir el límit que els separava dels funcionaris públics, ja que els mancava a més una descripció funcional o organitzativa. És difícil endevinar, com assenyala Siedentopf,¹⁴² si es tractava de donar mobilitat als qui ocupaven càrrecs en dependències administratives, o entitats pertanyents a òrgans subordinats als Länder o al Bund, reclutables dins l'Administració pública o reclutables fora del sector públic. Tampoc no s'advertia quina funció haurien d'exercir o quina categoria haurien d'obtenir un cop finalitzat el termini. Es podria concloure que el programa contenia manca de claredat en relació amb el que es creia que era peça fonamental de la reforma administrativa.

Les posicions que respecte a la referida proposta van adoptar les associacions, partits i autoritats dels Länder van ser totalment

142. H. SIEDENTOPF, "Spitzenpositionen auf Zeit in der öffentlichen Verwaltung", dins *Öffentlicher Dienst. Festschrift für C. H. Ule*, C. H. Köln, 1977, pág. 180.

diferents unes de les altres. El ministre de l'Interior de Rheinland-Pfalz va deixar entreobrir les tesis següents: els titulars dels càrrecs directius que siguin comparables a les funcions de direcció dins l'empresa privada han de ser nomenats per temps determinat. La Federació Alemanya de Funcionaris, per una part, veia en la proposició una disminució de la independència i un augment de la influència de les classes directives.

Això no obstant, l'*Städtetag* va celebrar la proposta amb l'advertència que l'esmentada pràctica havia donat molt bons resultats tant en el camp de l'economia com en el dels funcionaris municipals electius. Segons aquesta institució, les anteriors classes retributives B haurien de transformar-se en càrrecs directius de designació temporal.¹⁴³

Com ja hem dit al començament, la Comissió per a l'estudi de la reforma de la funció pública va efectuar la seva proposta influïda en el model francès i en la possibilitat que ofereix aquest ordenament de separar del seu càrrec els titulars de determinats càrrecs directius. A la Comissió se li ha retret algunes vegades si veritablement va arribar a profunditzar en els avantatges i inconvenients del model francès i en les possibilitats de traslladar-lo al sistema alemany.

A aquest respecte, Ule ha establert les premisses necessàries per tal que es pugui efectuar qualsevol adaptació o comparació de diferents sistemes de Dret sobre la funció pública en la introducció a les comunicacions sobre "Dret i sistema de la funció pública"¹⁴⁴ que ell va dirigir: "Les investigacions sobre Dret comparat en el camp del Dret públic poden portar a conclusions inexactes de manera més sovintejada que en el camp del Dret privat, si no s'hi inclouen les condicions socials, polítiques i jurídiques en les quals es basen les normes. Amb una comparació, d'entrada limitada a la contraposició de solucions jurídiques, s'aconsegueix tant com res. L'autèntic significat d'una norma s'extreu solament de l'anàlisi dels motius polítics i socials d'un sistema de funció pública determinat.

143. Referència de H. SIEDENTOPF, dins op. cit., pàg. 181.

144. C. H. ULE, "Einleitung zu Anlageband 4" (introducció al volum 4, dins *Studienkommission zur Reform des öffentlichen Dienstrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1973, pàg. 7.

Com més es diferenciï l'ordre social i polític del Dret que s'analitza amb el del Dret propi, menors són les solucions d'aquell que aquest pugui rebre.”

La proposta de *Spitzenpositionen auf Zeit* (càrrecs directius de caràcter temporal) ha de ser analitzada en el context de les circumstàncies jurídiques i socials referides, a fi de concloure després en la possibilitat o no de la seva adaptació al sistema jurídic alemany de funció pública. I així comencen o van començar en el seu dia els inconvenients, ja que la Comissió (el seu sector minoritari) no explicava en la seva proposta quin paper jugava i quins fins havia d'acomplir la rotació de càrrecs directius.

Si es tractava de portar el model de l'*staff* consultor i assessor de ministres segons el sistema anglès, caracteritzat per la seva lleialtat política a un programa determinat, els anomenats *politische Beamte* compleixen un paper exacte a la RFA. D'acord amb l'article 31 BRRG, els funcionaris polítics ocupen càrrecs per als quals cal una concordança amb els programes, idees i fins del programa en el Govern, i els límits i l'abast de les funcions que desenvolupen queden fora de dubtes. Però tant la minoria de la Comissió com el Programa de 1976 proposaven el manteniment de la figura dels funcionaris polítics.

La qüestió se centra en la possibilitat que ofereix el sistema francès de desdoblar el lloc (*Dienstpost, emploi*) del càrrec o categoria personal (*persönlicher Rang, grade*) del funcionari. El Dret de la funció pública a la RFA reconeix el principi de disposició de l'Administració sobre els funcionaris; el funcionari no posseeix dret al càrrec ni dret a ser mantingut en una posició o un càrrec amb funcions idèntiques a les que exercia, però al mateix temps es dedueix dels principis tradicionals de la funció pública la prohibició de mantenir ocupacions o llocs no dotats correctament, que en certa manera limita el mateix dret de disposició de l'Administració. D'altra part, la doctrina de la jurisdicció contenciosa en aquest cas tendeix a un control molt més fort dels límits administratius, i descriu les funcions o tasques que desenvolupa un funcionari directiu com una posició especial amb elevada responsabilitat i consideració en relació amb altres funcionaris d'igual carrera i retribució, la privació de les quals no representaria sols l'assignació d'altres tasques diferents, sinó que àdhuc podria afectar la seva situació jurídica

subjectiva. Es temia, doncs, que la rotació de càrrecs directius provocaria un regressió en el desenvolupament jurisprudencial assolit. La revocació dels nomenaments de les classes directives es podria entendre a la RFA que estava adoptada per causes disciplinàries, ja que, a més, les possibilitats d'obtenció d'un nou lloc estan considerablement limitades, al contrari del que succeeix a França.

Les dificultats que comporta la proposta que en el seu dia es va efectuar son òbvies; consegüentment, el seu plantejament no va arribar a passar de ser això i, molt sovint, especialment per part de Siedentopf,¹⁴⁵ ha merescut crítiques agudes, en el sentit que l'eficiència que es pretén aconseguir amb la rotació dels càrrecs directius, sota el principi d'eficiència, es pot obtenir també mitjançant una composició de la carrera administrativa que inclogui una adequada preparació, o mitjançant un reclutament de personal idoni —o més idoni— amb la funció a desenvolupar. Tot això no pot ni ha de ser desvinculat, com és fàcil d'imaginar-se, ni de l'efectiva reforma de la funció pública, ni d'una reforma administrativa, ni sobretot de la reforma del sector públic. Sota aquestes condicions i inconvenients, la proposta no va arrelar en cap modificació.

Això no obstant, anem endavant en el temps i intentem analitzar la discussió revitalitzada fa pocs mesos, ja que altre cop es contraposa flexibilitat a continuïtat, eficiència administrativa a independència de la funció pública, en l'estudi que la Comissió per a la reestructuració dels llocs directius ha presentat recentment a Baden-Württemberg. Igual com en els anys setanta, l'informe sotmet a examen l'aspecte administratiu i constitucional del Dret de la funció pública. Per donar-hi resposta és decisiu l'aclariment següent: les funcions directives (com a càrrec en sentit funcional) s'han d'assignar a funcionaris que conservin l'*status* jurídic de què eren posseïdors al principi; en el cas que al funcionari, transcorreguts els terminis oportuns, no li fossin perllongades les seves funcions directives, té el dret de mantenir un *status* bàsic. El principi de la retribució adequada obliga a assignar una diferència retributiva entre l'*status* propi i les funcions directives. D'aquesta manera, ja l'ordenament positiu article 46 Bes G ofereix la possibilitat d'emparar econòmicament i jurídicament la situació que el legislador del

145. SIEDENTOPF, op. cit. pàg. 192.

Land pot crear en un moment determinat, dictant preceptes que regulin el nomenament de directius per temps parcial.¹⁴⁶

El concepte de la designació per a funcions directives per temps determinat ofereix així una compensació entre dos principis estructurals del servei públic: garanteix al funcionari la seva funció originària i en la seva consegüent jubilació, arribat el cas, la necessària seguretat i independència, i garanteix a l'Administració flexibilitat suficient en aplicació del principi d'eficàcia. L'actual ordenament atorga (B Bes G) al legislador del Land Baden-Württemberg prou camp d'acció per compatibilitzar *status* i funcions directives.

Resumint, l'assignació de funcions directives temporals no ha d'ampliar el cercle dels funcionaris polítics, segons Siedentopf,¹⁴⁷ sinó contrarestar la politització de la política de personal. Solament una major competitivitat, mobilitat i proporcionalitat de la funció pública pot evitar la seva tendència a la politització.

En el mateix sentit argumenta la sentència del Tribunal Constitucional federal (B Verf GE 7 de juliol de 1985) sobre directors d'escoles, funcionaris de carrera en funcions de direcció durant vuit anys.¹⁴⁸ Se'n pot deduir que no suposa infracció a cap precepte constitucional el fet que la retribució adequada que hagi d'assegurar la independència al funcionari vagi lligada a la funció, no a l'*status*; i no s'ha de confondre per això l'*status* de funcionari temporal amb el del funcionari de carrera que temporalment exerceix funcions directives.

Fins aquí l'estat d'una discussió que es comença a matisar.

V. ASPECTES AÏLLATS EN ELS QUALS S'APRECIEN REFORMES PUNTUALS DE LA FUNCIO PÚBLICA

Sobre l'Estat i els treballs de reforma va informar el ministre de l'Interior el juny i el desembre de 1977 i el desembre de 1978, i en ocasió de la celebració del Congrés de Funcionaris Polítics es va emprar l'expressió *Fortentwicklung der Struktur des öffentlichen*

146. H. SIEDENTOPF, "Führungsfunktionen auf Zeit in der staatlichen Verwaltung", *DöV*, 1985, pág. 1033.

147. H. SIEDENTOPF, op. cit., pág. 1042.

148. *DöV*, 1985, pág. 1058.

Dienstrechts.¹⁴⁹ Val la pena significar que malgrat les formulacions i expressions esmentades, la reforma de la funció pública ha romàs en el camp de la retòrica. Observem les disposicions dictades amb posterioritat a 1972 significatives per a la pretesa reforma.

El 18 d'agost de 1976 es modifica la legislació de formació de funcionaris; l'1 de gener de 1977 s'unifica la legislació i previsió de funcionaris i jutges del Bund, Länder i municipis; per reglament d'1 de febrer de 1979 es regula el sistema de carrera per als funcionaris del Bund; el decret de 15 de setembre de 1978 organitza l'Escola Tècnica per a l'Administració Pública; el reglament de 26 d'abril de 1977 regula les professions de caràcter pedagògic; entre 1977 i 1980 es van dictar lleis de reforma de permisos, sous i previsió, algunes de les quals implicaven solament modificació d'escassos preceptes.

Entretant continua sense resoldre's el problema creat per la sentència del Tribunal Constitucional federal relativa a l'ocupació de radicals en la funció pública; la qüestió de la compatibilitat ha estat tanmateix abordada per la reforma legislativa de juny de 1985, tenint en compte que, ja per resolució de 8 de desembre de 1982, el *Bundestag* es va adreçar al ministre de l'Interior advertint que totes les Administracions haurien d'aplicar restrictivament les normes referents a incompatibilitats.

Continua també sense resoldre's el tema dels complements (*Beihilfe*), regulat fins ara per preceptes reglamentaris; una de les circumstàncies que en l'actualitat ho impedeix és la dels obstacles financers que hi ha a un projecte d'aquesta envergadura.

Per això, el 1980 es va intentar l'anomenada "gran solució", que va consistir a proposar dedicacions parcials o a temps parcial per a jutges i funcionaris que comptessin amb 15 anys de servei. L'oposició del SPD i del FDP va bloquejar el projecte de llei perquè considerava que en la totalitat de les previsions estatals quedarien en millor situació els funcionaris que els treballadors a l'hora de percebre les pensions de jubilació. Això no obstant, mesos després es va arribar a un consens mínim i s'establí la prohibició de qualsevol altre exercici professional en les hores lliures de treball

149. C. STRÄTER, "Was ist aus der Dienstrechtsreform geworden?", *ZBR*, 1983, pàg. 197.

administratiu, per als qui elegissin la dedicació a la funció pública per temps parcial.

Com a causa de la manca de realització efectiva de la reforma, es retreu a la jurisprudència del Tribunal Constitucional federal la interpretació sempre tan rígida dels preceptes de la Constitució sobre els principis tradicionals de la funció pública. Recentment, en efecte, s'ha pronunciat, a propòsit d'un tema relacionat amb el *Beihilferecht*, de la manera següent: "L'article 33.5 GG protegeix solament el nucli dels principis estructurals de la institució del funcionariat." Així s'ha pronunciat ja en decisions anteriors, i aquest sembla que serà el fil que el guiarà en decisions futures (B Verf GE 56, 68).¹⁵⁰

No obstant això, altres vegades es retreu al legislador ignorar la doctrina de l'Alt Tribunal (B Verf GE 44, 249), pel que fa, per exemple, a la compensació de sous de funcionaris i soldats en les correccions d'emoluments per més de dos fills.

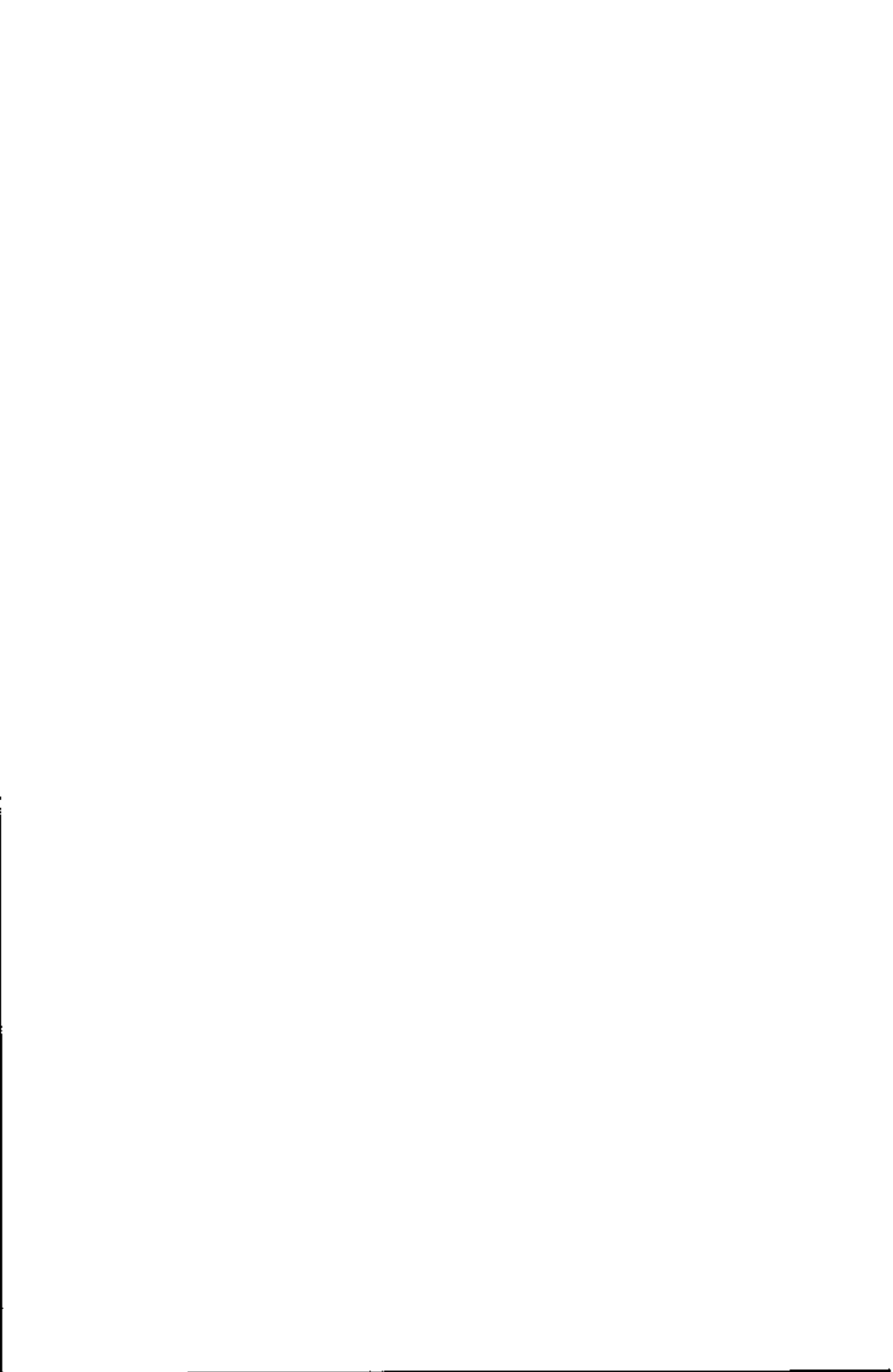
En l'actual desè període legislatiu, no sembla que puguin esperar-se noves perspectives d'endegar una reforma; la creixent desocupació, la tensa situació pressupostària entre Federació, Estats i municipis, i l'elevat deute que arrosseguen la major part de les empreses públiques no sembla que afavoreixi un consens per a la desitjada reforma.

150. C. STRÄTER, op. cit., pàg. 202.

CAPÍTOL SISÈ

Carrera i règim de personal. Economia
i política de personal.

Selecció, reclutament i perfeccionament



I. LA FUNCIÓ PÚBLICA DES DEL PUNT DE VISTA DE L'ADMINISTRACIÓ DE PERSONAL

Contemplar la funció pública d'un Estat democràtic deslligada de la seva vessant econòmica, del seu cost social i de la valoració dels seus serveis en l'àmbit genèric de l'Estat, seria donar-ne una imatge potser insuficient, o una imatge irreal del seu pes en el país l'ordenament del qual s'investiga.

Comencem parlant de política de personal aïllada o individualitzada i de política estatal de personal. Des del punt de vista individual, es pot afirmar que qualsevol unitat administrativa, per petita que sigui, té originàriament la potestat de reclutar personal, utilitzar-lo i administrar-lo de la manera més efectiva possible. Des d'un punt de vista que contempli magnituds totals es pot defensar, per altra banda, que la política de personal "és cosa pública", forma part de l'exercici d'una de les opcions polítiques més transcendents, i a través d'ella es pot intervenir en el mercat de treball, obrir oportunitats a noves generacions, col·laborar en la reinserció social de disminuïts o atendre les exigències socials del moment. No s'oculta a ningú la tensió que entre ambdós punts de vista es pot produir tot sovint, que alguns cops s'ha d'intentar compensar, en benefici d'un a vegades, i en el seu perjudici en d'altres. Tampoc no s'ignora que a través d'una política de personal adequada es pot assegurar una posició més beneficiosa a llarg termini, de la mateixa Administració, a través de la introducció de les seves pròpies "noves generacions", que de mica en mica van construint una Administració discriminada o discriminant, prenent com a base situacions perso-

nals de pertinença a una generació concreta. (L'exemple s'introdueix des del seu punt de vista negatiu, ja que, en efecte, en els últims temps, l'Administració s'ha manifestat sota la llei del pèndul: o bé procedia a paraitzar la política d'accés a la funció pública, com començava a fomentar-la utilitzant els arguments que van servir per defensar el contrari; això no ha beneficiat ni l'Administració ni els afectats, i tan sols ha estat una bona mostra de l'actitud incapaç de l'Administració respecte a una adequada política de personal.)

Les qüestions que tot sovint es posen en relleu davant les operacions individualitzades de política de personal són les següents, segons Püttner: ¹⁵¹

- La manca d'una adequada previsió del personal que cal, a manera de planificació estricta segons àmbits i categories, que trobi en el pressupost la seva autèntica expressió; les limitacions del mercat de treball i el principi de carrera provoquen que aquesta planificació s'hagi d'efectuar a llarg termini, la qual cosa la dificulta considerablement.
- La provisió i el manteniment del personal des d'un punt de vista qualitatiu i quantitatiu, cosa que no sempre pot ser fàcil o difícil, ja que cíclicament es produeixen situacions de puja o de regressió de l'atractivitat de l'ocupació pública.
- La utilització racional del personal, a la qual cosa va unit, en part, la qüestió de l'adequada política de personal.
- L'assistència, formació, perfeccionament i atenció del personal.
- En qualsevol cas, la reducció lenta del personal dins de les possibilitats amb què es compti.

Cal tenir en compte la relació de tensió entre una utilització al més econòmica possible de les forces disponibles i el compliment més efectiu de les competències, sense ignorar les exigències humanes dels participants en el joc d'administrar, com a últim component. En la política diària, la situació de tensió es manifesta amb més força en la qüestió de la classificació dels llocs de treball per categories determinades, de quin grau són les exigències per cobrir un lloc o servei determinat, i com d'alt (des d'un punt de vista qualitatiu)

151. G. PÜTTNER, *Verwaltungslehre*, op. cit., pàg. 202.

s'ha de valorar aquest. Des d'un altre prisma, la tensió s'agreuja entre el treball presumiblement generable i el volum de personal amb què es compta o es pot comptar. Qualsevol Administració se sent sobrecarregada i amenaçada a augmentar el seu nombre de llocs de treball; en canvi, qualsevol autoritat administrativa sobre la qual pesa el control d'aquells tendeix a actuar a la inversa, és a dir, a forçar el total rendiment que en la mesura del possible estalviaria llocs de treball.

Els costos del personal a la RFA són enormement elevats, i l'augment de la classe burocràtica s'ha deixat de sentir considerablement en aquests últims anys. Per dir un exemple, les despeses de personal suposen el 17 % dels pressupostos del Bund, el 42 % dels dels Länder i el 25-30 % dels pressupostos dels municipis. I tanmateix, no tots actuen amb la mateixa intensitat, ja que Federació i municipi no necessiten un nombre més elevat de funcionaris per tal com realitzen una gran activitat inversora.

I no és que menyspreï el tema de les xifres alarmants a les quals el personal puja en l'actualitat. Ja des de 1967 les estadístiques són aclaparadores, i la doctrina reclama una i altra vegada un tractament que freni el continu creixement de les despeses de personal.

Quan als anys setanta s'acabà de completar la reforma administrativa territorial, es va advertir que això no havia produït una reducció considerable de personal. I el que és pitjor, l'augment de les despeses de personal en els pressupostos de l'Estat s'ha comportat de manera diferent respecte a l'augment de la xifra d'aquest, per la qual cosa, a més, s'ha distorsionat considerablement l'augment produït.

Des de 1960 a 1975 el personal augmentà en un 31 %. I la xifra del 1980 totalitzava 4.698.206 servidors públics, quantitat que representa aproximadament el 19,7 % de la totalitat de la població activa, i un augment de quasi un cinquanta per cent respecte a 1960, en què 2.640.000 persones componien el servei públic, quantitat que representava un 10 % de la llavors població activa. La industrialització i el creixement dels serveis públics han produït aquestes xifres gegantines.

D'un temps ençà s'intenta frenar, ja que sembla que no és possible reduir, el volum de personal que hi ha. Per aconseguir-ho s'han intentat diverses tècniques que no es pot dir que hagin estat en la seva totalitat satisfactòries. Per altra banda, a curt termini s'ha in-

tentat una forma de contracció dels ingressos a la funció pública, reducció de llocs o no provisió dels llocs vacants.

A mitjà i llarg termini s'intenta una limitació o almenys la detenció de l'augment de les funcions públiques, cosa que es pretén aconseguir a través de la revisió, l'alleugeriment i la simplificació dels procediments que s'utilitzen. En el Dictamen elaborat a Baden-Württemberg per la Comissió nomenada per a l'estudi de les necessitats òptimes de personal, s'aconsella "desprendre's de funcions o limitar i simplificar la gestió d'aquestes, per tal de contenir la important puja dels costos de personal".

De qualsevol manera, en el futur influiran en l'augment del personal del servei públic els factors següents: reducció d'horaris de treball, perllongament de vacances, organització de períodes per a formació; també el desenvolupament progressiu de l'Estat de Dret, de la infraestructura pública en tots els seus aspectes, i la progressiva municipalització i estatalització dels serveis seran factors significatius.

Per a la disminució del personal del servei públic es tindrà en compte: Disminució i desaparició de factors que suposaven fins ara càrregues econòmiques derivades de les situacions de guerra (indemnitzacions, política de refugiats); per altra banda, la creixent automatització que es produeix en els mitjans d'administració gestora, així com la que es produeix en pressupostos, caixes, règim de comptes i control, i l'ocupació de qualsevol nova tecnologia com a mitjà auxiliar, seran factors rellevants.

Com a factors correctors dels anteriors, s'han de tenir en compte, a més, l'aturada del creixement de la població en aquests últims anys, l'augment de la xifra de desocupats respecte a la resta de la població activa, i el previsible augment de la formació acadèmica en els pròxims anys.

Segons les estadístiques de l'*Statistischen Bundesamt*, la població total, en l'actualitat en nombre descendent, patirà encara un major impacte fins als anys 2000, en què el nombre de joves minorarà, mentre que es mantindrà la xifra de població activa (la desocupació creixent que s'està produint en la població dedicada a l'ensenyament és una bona mostra d'aquest fet). De manera inversa, l'augment dels aspirants a servir l'Administració des del camp del Dret, Econòmiques, Ciències Socials i carreres tècniques és considerable.

El conflicte polític que s'originarà arran les anteriors circumstàncies farà —com ja ha fet— que en els anys vuitanta i noranta especialment el servei públic en sentit ampli compleixi un tasca que fins ara no se li ha encomanat (*Arbeitslosenfürsorge*); no tindrà un altre remei que preocupar-se de com es minora, es contribueix a paliar o s'intervé directament en el problema de la desocupació, en especial utilitzant els sistemes de dedicació a temps parcial especialment pel que fa referència al personal amb titulació universitària.

Les anteriors afirmacions, expressades el 1977 per F. Wägener,¹⁵² no ofereixen dubtes sobre el fet que s'aproxima cada vegada més el moment en què la sacralitzada institució de la funció pública perdrà aquest caràcter i passarà a ser, almenys durant els anys de crisi, un sistema més entre els existents per actuar de cara al mercat de treball.

II. POLÍTICA DE PERSONAL I CARRERES A LA RFA

El que aquí es pot dir no és sinó la vessant teòrica de tots els aspectes exposats en l'epígraf anterior, i des d'un altre punt de vista no innova res ni descobreix nous horitzons sobre aquest tema que romanguin sense explorar. Tanmateix, l'inclourem més per motius d'ordre argumental i d'estructura de la nostra anàlisi, que pels exemples que se'n puguin extreure.

Començarem assenyalant que l'ús i la política de personal es contempla des d'un punt de vista més sociològic, funcional o instrumental que jurídic.

Del punt de vista jurídic ja ens n'hem ocupat en el moment oportú; pel que fa a l'aspecte instrumental destaquen l'aspecte humà, la millor utilització dels efectius de personal i, per descomptat, la correcta connexió d'aquest amb els fins que l'Administració persegueix. Podríem significar, entre tots, l'aspecte funcional, de veritable interès, ja que fa al·lusió a les formes i l'organització del personal de conformitat amb l'estructura centralista o descentralitzadora que posseeix l'Administració, encara que aquests aspectes no expressen un contingut que sigui interpretable de manera pacífica, sinó al contrari, el mateix significat del terme política de personal

152. F. WÄGENER, "Entwicklung der Personalzahlen im öffentlichen Dienst", dins *Festschrift für C. H. Ule*, C. H. Köln, pàg. 260.

es discuteix en tant que forma part d'un altre de més omnicomprensiu com és el de l'Administració de personal.

La configuració i conformació de tots els aspectes dinàmics de la funció pública s'ha de realitzar inevitablement a través d'un nombre de decisions provinents totes elles de les Administracions públiques. Les més transcendents estan reservades al legislador, cosa que a vegades provoca una greu centralització de les forces de decisió i condueix inevitablement al divorci entre necessitat, decisió i política de racionalització de personal, tot sovint difícil de salvar.

En l'aspecte real o pràctic, la política de personal troba la seva expressió més freqüent en la direcció de personal com a relació directa entre superiors i subordinats. Aquesta relació no ha de ser minimitzada en un sistema com el de la RFA, en el qual no existeix cap sistema d'oposició ni concurs per entrar al servei de l'Administració; tot sovint es diu entre els sociòlegs que un bon sistema per qualificar les aptituds dels superiors de cara a futurs ascensos o promocions seria fer-los jutjar anònimament per aquells a qui dirigeixen, de manera que es pugui posar en relleu la seva capacitat per a l'exercici de les funcions directives.

És clar i no es discuteix que els vells sistemes basats en la jerarquia, obediència, ordre, disciplina i respectes reverencials es transformen en d'altres en els quals predominen l'eficiència, la motivació, la participació, la coordinació i els valors de creativitat i innovació, que encaixen més en un sistema federal, mentre que els primers són més propis de sistemes centralistes o autoritaris.

Cal remarcar que a la RFA, en la teoria i en la pràctica, s'ha procurat en excés —potser no amb tot l'èxit que s'hauria d'esperar— potenciar les tècniques de planificació de personal, racionalització i correcta utilització; reformes administratives greus com la que s'efectuà en l'Administració local o com la que s'intentà emprendre el 1970 —de la qual ja hem parlat— comptaven entre el primer dels seus fins: la racionalització dels mitjans de l'Estat. Els raonaments presents són extensibles tant al personal funcionari com al que no gaudeix d'aquesta qualitat, ja que, com es recordarà, la referida Comissió d'estudis per a la reforma de la funció pública considerarà que la distinció entre funcionaris i treballadors o empleats estava absolutament superada i propugnava una unificació del Dret del servei o funció pública, ja que la diferència havia deixat d'exis-

tir. (La Comissió no es va posar d'acord en si el model dels servidors públics i l'*status* que els corresponia havia de ser regulat en part per llei i en part per conveni, o en la seva totalitat per llei, per la qual cosa optà per no elaborar ni un model ni l'altre.)

Així, doncs, la funció pública continua organitzada pel sistema de carreres conforme a categories retributives (cosa que es té per una necessitat, però no per un encert), com succeeix en nombroses empreses privades i en altres Estats.

En l'actualitat existeixen entre els funcionaris setze grups diferenciats, amb sous en puja segons els anys de servei, i sobre ells onze graus diferents de sous consolidats. Els grups de funcionaris corresponen a l'*höherer*, *gehobener*, *mittlerer* i *einfacher Dienst*, i els ascensos i promocions es produeixen dins del mateix grup o carrera, poques vegades fora, ja que aquesta ve sempre determinada per la formació exigida. Es pot dir que el grau de formació condiciona la situació administrativa per a tota la vida.

Es critica que el sistema de carrera encasella dins d'una funció determinada —fenomen del qual s'ha salvat tan sols l'agricultura i l'artesania—, igual com passa en l'empresa privada, per la titulació que es posseeix en entrar; es critica que aquest no és un sistema dinàmic ni basat en incentius o motivacions personals, ja que l'encasellament es produeix ja en els anys o període de formació, la qual cosa en certa manera suposa una disminució del potencial de desplegament de la pròpia personalitat.¹⁵³

El sistema, mancat de dinàmica i incentius, pot ser convenient per a una categoria reduïda de funcionaris, però no es pot considerar vàlid ni suportable per a totes les altres categories.

Alludirem, per posar un exemple, a la circumstància que es dona entre els funcionaris dels cossos de grau mitjà (*gehobener Dienst*) la formació dels quals pressuposa la titulació a Escoles Tècniques Superiors (*Fachhochschule*) i que constantment reclama una equiparació en les seves possibilitats de graduació i ascens amb els funcionaris de la categoria superior, sobretot en el pla de l'Administració local, per a la qual els cossos superiors no són el més adequat.

Es parla que la retribució conforma els diferents estaments com un "arbre de Nadal" en el qual la cúspide retributiva de la categoria inferior s'inserta en el pla mitjà de la superior i així succes-

153. G. PÜTTNER, op. cit., pàg. 190.

sivament. Es pot traspassar la barrera existent entre un cos i l'altre (en el sentit de passar a una altra carrera del cos superior d'aquesta especialitat), però aquest accés no és possible quan l'accés al cos superior requereix una determinada formació, preparació, prova o examen concret legalment prescrit. De manera uniformement regulada a nivell de Federació, tan sols es pot trobar el pas al cos superior dels funcionaris d'Hisenda que pertanyen als graus mitjans. En el cas d'estar en condicions d'aspirar a la categoria superior, s'ha de realitzar el període de formació oportú, exigible com si d'entrada es tractés, encara que es pot abreuçar en un termini de sis mesos.

Cal advertir que, en general, es tracta d'un sistema tancat on els canvis de carrera o categories d'una carrera estan seriosament dificultats.

La impermeabilitat assenyalada obeeix, en bona part, a una qüestió que no ignorem i que marca històricament la conformació de la funció pública a la RFA: es tracta de la dicotomia entre generalistes, especialistes i monopoli clar de la classe jurista. Des de fa temps s'ha produït una aguda separació entre Administració general (amb predomini de funcions de generalistes) i Administració especial, en la qual predominaven també els generalistes. Es diu que la formació jurídica tenia avantatge en l'Administració a través de la influència que exercia a través de l'Administració general. Aquesta situació descrita amb l'expressió "monopoli dels juristes" no expressa tanmateix tota la realitat. Els juristes són majoria en el cos superior general (no tècnic); malgrat tot, en els cossos de grau mitjà —encara que la formació jurídica continuï essent majoritària— els coneixements especialitzats dels no juristes han obert camí i han guanyat, quantitativament, més espai. Existeixen departaments ministerials on en els llocs que correspondrien a generalistes es troben especialistes.

El monopoli de juristes existeix a la RFA en connexió clara amb la significació del principi d'Estat de Dret, i en especial del principi de legalitat; però també està arrelada la situació a les fórmules administratives antigues, mescla de justícia i Administració, i la creença que el juristes podien resultar més aptes per portar les coses públiques. En l'actualitat sembla que es minimitzi aquest monopoli, ja que no podem deixar d'observar que les funcions de caràcter general, especialment d'organització, direcció i planificació,

no es realitzen proveint-se exclusivament de personal jurista, encara que la formació jurídica tingui fama d'ensenyar, disposar i atorgar una racionalitat en la manera de pensar i actuar gens menyspreable, i que en principi pot semblar la més idònia per a la manera d'actuar administrativa.

El cert és que existeixen departaments on quasi no es troben juristes en els llocs claus, com són els de Cultura, Urbanisme-Habitatge o Hisenda.

Per acabar la qüestió, s'adverteix que és més significatiu en l'actualitat parlar d'una sobrevaloració d'especialistes, en la preparació dels quals entren també funcions de generalistes, la qual cosa els fa idonis per a l'exercici d'aquestes funcions.

III. SISTEMES DE RECLUTAMENT DE PERSONAL. RELACIÓ AMB LES CARRERES UNIVERSITÀRIES

A la RFA, l'Administració recluta el personal que necessita per al seu funcionament entre l'oferta del mercat general de treball. Això vol dir que, en èpoques d'eufòria, l'Administració va patir serioses dificultats per fer atractiva la seva oferta, a causa d'una manca d'interès manifest. En l'actualitat, succeeix el contrari, i ja que hem exposat els equilibris que amb la dedicació a temps parcial es pretenen realitzar, imaginem com es planteja la qüestió de l'ingrés on no existeixen els sistemes de reclutament-selecció tradicionals com el concurs o l'oposició (que, per descomptat, tampoc no creiem que resolguin el problema en la seva totalitat).

El criteri determinant que ha de marcar l'actuació administrativa no és sinó el de la prohibició continguda en l'article 33.2 GG, que no s'ha d'entendre imposada en interès de la cosa pública, sinó al contrari, en interès dels ciutadans i salvaguarda d'una correcta igualtat políticoc- ciutadana.

De discriminacions polítiques sempre n'hi ha hagut —i continua havent-n'hi—, i el funcionari serà cridat a la seva funció sense comptar com a únic suport amb la seva militància o simpatia política, però comptant amb ella. Per altra banda, l'Administració procura basar-se més en criteris objectius que indiquin la preparació, formació i qualitat de l'aspirant.

I parlant de discriminacions, la doctrina destaca —i la pràctica i la realitat ho mostren— el reduït nombre de funcionaris femenins

en els cossos superior o mitjà de funcionaris, si bé també és cert l'escàs èxit que els estudis de Dret tenen entre la població estudiantil femenina.

Si el reclutament del personal tot just acabats els estudis necessaris (segons la titulació, carrera, temps que ha de transcórrer en les pràctiques corresponents, etc.) resulta oportú o no, és qüestió que es discuteix tot sovint, encara que hom acaba per resoldre la qüestió apellant les millors possibilitats que ofereix la formació i el perfeccionament del propi personal, en detriment dels avantatges que ofereixen l'experiència i la maduresa. El principi de carrera així sembla exigir-ho, i la capacitat d'innovació pot ser també un factor important a tenir en compte.

Per altra banda, la possibilitat de reclutar personal ja especialitzat en tasques administratives es té —sense més problema que el que representa el final i el principi d'una relació jurídica nova (cessament i nou nomenament)— recurrent a Administracions de nivell inferior; el sistema és utilitzat quasi de manera exclusiva en el cas de cobrir llocs de grau superior o grau mitjà.

Per aclarir aquesta qüestió hem d'assenyalar que contràriament al que es pugui creure —si es té en compte la nostra organització estatal en Comunitats Autònomes i la mobilitat que el nostre Dret positiu reconeix als funcionaris manifestada tant en la legislació estatal com en la legislació autonòmica fins ara promulgada— no existeix a la RFA cap criteri, ni legal ni doctrinal, del qual es pugui desprendre un dret del funcionari a la mobilitat entre diverses Administracions. Rotundament no existeix aquest per als funcionaris de la Federació, ni per als funcionaris dels Länder. El funcionari del Bund està lligat i vinculat tan sols a l'autoritat del seu "senyor" (*Dienstherr*), i els dels Länder, exclusivament a aquell que els nomenà. Es contempla dèbilment la possibilitat del trasllat entre funcionaris de les Administracions locals cap al seu Land respectiu, o viceversa, però no com un dret del funcionari, sinó com una possibilitat que l'Administració disposa de poder elegir entre reclutament de personal de fora o de dins de la mateixa Administració.

El procediment que se segueix per al trasllat és idèntic al del nou nomenament, i hi ha de consentir per escrit el funcionari. La manca de les formalitats prescrites el transforma en nul. Curiosament, el trasllat exigeix cessament i nou nomenament posterior.

Reafirmant el caràcter absolutament discrecional del trasllat, no hi ha tampoc circumstància que impedeixi la possibilitat que el funcionari el sol·liciti, no com a dret, sinó subordinat a les necessitats del servei.

Aquest últim concepte —evidentment un dels tants conceptes jurídics indeterminats que com veiem intervenen en aquesta matèria— pot provocar fins i tot trasllats unilateralment acordats per l'Administració, no de caràcter disciplinari, sinó, per exemple, per motius de rivalitats personals, o conflictes personals, també entre funcionaris (BVwGE 26, 65).

Per citar un exemple, la legislació de Niedersachsen contempla les possibilitats de trasllat descrites en el seu article 34 NBG, i les qualifica com a modificació de la relació jurídica de servei que neix d'un nou nomenament i prossegueix amb una altra Administració. Es diu que la transformació afecta el contingut mateix de la relació.

Però retornant al fil de la qüestió que hem deixat plantejada abans en parlar de les possibilitats de trasllat, assenyalarem que el procediment de selecció o reclutament de funcionaris a la RFA no està legalment prescrit, ni requereix actuacions determinades que es desenvolupin en moments concrets; ans al contrari, totes i cada una de les Administracions pot i ha de procedir al reclutament i selecció quan observi dèficit en els seus mitjans personals. Lògicament, el nombre d'aspirants que es puguin seleccionar dependrà certament de l'Administració, ja que mentre a les unitats administratives menors els és possible reclutar personal segons necessitats individualitzades, les Administracions de major envergadura poden procedir-hi de manera que d'una sola convocatòria es pugui seleccionar un nombre més gran d'aspirants. No existeix un procediment formalitzat d'oposicions ni existeix un procediment "con-cours" tal i com es troba a França.¹⁵⁴

Tot sovint s'assenyala, com Püttner,¹⁵⁵ que els avantatges que aquests últims procediments atorguen (com l'objectivitat de judici en consideració a les condicions i capacitat demostrada per l'aspirant en el transcurs del procediment) impedeixen per altra banda la valoració crítica de les condicions de capacitat intel·lectual, psicologia, aptitud i característiques personals que l'aspirant veritable-

154. G. PÜTTNER, op. cit., pág. 212.

155. G. PÜTTNER, op. cit., pág. 212.

ment pot desplegar. Davant del sistema d'oposició i concurs, a la RFA s'organitzen entrevistes del candidat amb diverses i diferents autoritats en matèria de personal o en el mateix àmbit sectorial, que primer per separat, i després de manera conjunta, procedeixen a "examinar" i valorar les qualitats anteriorment exposades del candidat.

No es procedeix a una absoluta valoració i classificació dels coneixements del candidat, ja que s'atorga una força major als coneixements, titulació i qualificacions obtinguts en els estudis ja realitzats. Però com que d'aquests no se'n dedueix la seva capacitat ni aptitud pràctica per al treball, cal, a més, valorar la formació pràctica que s'ha tingut (per a juristes, mestres i tècnics) en l'època de referendariat, passantia i aspirantia a la professió concreta, eminentment pràctica, valorable a través dels corresponents exàmens (*Assesorexamen*). Del resultat d'aquest examen realitzat després de dos anys de pràctiques, durant el qual no es pot exercir vàlidament la professió, ni per descomptat es pot accedir a l'Administració en el cas dels cossos superior i mitjà, es pot valorar vàlidament la capacitat, puntualitat i aptitud per al servei.

Moltes vegades, però, l'Administració utilitza sistemes de selecció en què anuncia prèviament la convocatòria de les places a cobrir, per tal que la publicitat provoqui més concurrència en l'oferta (encara que nombroses convocatòries s'efectuïn solament per cobrir les formes, ja que la decisió està ja presa en les instàncies internes administratives, o els aspirants que poden resultar elegits són àmpliament coneguts per l'Administració); en aquest últim cas, el procediment resulta car i odiós.

IV. CONDICIONS GENERALS DE FORMACIÓ PERIÒDICA I SISTEMES DE PERFECCIONAMENT EN NOVES TÈCNiques ADMINISTRATIVES

Hem vist l'escàs paper que l'Administració juga en la selecció dels seus funcionaris —confiant preferentment en el criteri objectiu del grau i titulació obtinguda— i hem vist també en el seu moment com l'ingrés a la funció pública comença sempre pel període de pràctiques.

Desvinculat l'ingrés a l'Administració d'exàmens o proves, s'ha de remarcar que de cap manera no es produeix una desvinculació

posterior d'aquesta per l'augment del grau de capacitació, d'eficiència i de formació continuada d'una persona.

Ens referirem en aquest treball exclusivament a la gradual formació dels funcionaris dels cossos superiors, ja que la pràctica totalitat de la que s'imparteix va dedicada a aquests.

Abans cal realitzar les precisions següents: en el servei superior, tant en els cossos no tècnics com en els tècnics o en els destinats a ensenyament, la formació administrativa es rep ja en els períodes d'aprenentatge o passantia que van units a la culminació dels respectius estudis. Per als juristes no hi ha cap període d'aprenentatge o aspiració a l'Administració, com hi havia en el seu moment (certament amb desavantatge per a aquella), de manera que han de realitzar aquesta etapa com una part de la formació jurídica unitària pròpia d'aquesta carrera, després de la qual poden ser cridats a servir un lloc a la judicatura o bé a la mateixa Administració.¹⁵⁶

De manera diferent, però amb prou èxit, alguns Länder han creat —amb destinació als graduats en Ciències Econòmiques i Socials per als quals l'Administració, encara que no en excés, suposa també una opció— l'*Institut des Wirtschaftstresferanders in der Verwaltung*. Parallelament, ofereixen les Facultats de Ciències Econòmiques, com a matèria especialitzada, Dret administratiu econòmic en el segon cicle d'estudis, la qual cosa obre un camí més gran a aquesta professió dins del camp administratiu. (Cal observar que en l'edició de 1982, G. Püttner, a *Verwaltungslehre*, assenyalava a aquest respecte: "Així potser un major nombre d'economistes trobaran el seu camí en l'Administració".)

També qüestiona el citat autor si haurien d'existir estudis específics de Ciències de l'Administració, i si seria oportú que cursessin obligatòriament aquests estudis els qui aspiren a ocupar llocs en l'Administració. Però fins i tot els qui gaudeixen d'una formació integral en la matèria, com Thieme,¹⁵⁷ es qüestionen si això ha de ser així, o si es tracta tan sols d'una branca científica basada en el sistema i mètode d'aquestes ciències. L'intent de la Universitat de Konstanz d'impartir formació integral en Ciències de l'Administració (fonamentalment dirigida a les Ciències Polítiques i Admi-

156. D. MERTEN, editat "Probleme der Juristenausbildung", Schriftenreihe der Hochschule Speyer, 70, 1978.

157. THIEME, *Verwaltungslehre*, Karlsruhe.

nistratives), pressuposa també una formació jurídica quasi predominant. Millor paper que aquesta juga, potser, l'*Hochschule für Verwaltungswissenschaften* d'Speyer, de la qual de seguida parlarem.

Un altre sector de servidors de l'Administració —la branca dels especialistes—, com professors, arquitectes, enginyers i tècnics, comencen una preparació per al possible ingrés a l'Administració també després de dos anys de pràctiques com a aspirants i la realització del segon examen d'Estat exactament igual que els juristes.

Creiem oportú fer aquestes precisions perquè el període de pràctiques referit forma part, en certa manera, del cicle d'estudis, però també del cicle ingrés - formació administrativa, i perquè avui dia no es discuteix ja si el cicle o procés d'aprenentatge i formació ha d'acabar amb la col·locació i entrada en una ocupació determinada, sinó que ha de discórrer paral·lelament a l'ocupació i l'exercici de qualsevol professió; en una societat tecnificada com aquesta en què vivim, no es pot estar d'esquena a qualsevol innovació, en especial per part dels servidors de l'Estat. I això es té molt en compte a la RFA, on s'organitzen cíclicament seminaris, cursos i conferències destinats a adequar, posar al dia i reciclar la formació dels seus funcionaris.

A la vegada, es distingeix el que implica perfeccionament inicial dels funcionaris que tot just acaben d'ingressar i perfeccionament o adequació prèvia als ascensos i a l'ocupació de càrrecs de direcció i llocs d'alta responsabilitat.

No s'ha d'ocultar l'opinió contrària de qui afirma que la desorganització, o tan sols imperfecta organització, de tot això condueix directament a vacances "eternes" de funcionaris en permanent formació o reciclatge. Un punt important en la discussió és la qüestió de si el jurista ha d'estar al corrent de la jurisprudència i l'economista al corrent de les noves tècniques com a cosa pròpia o com a cosa de l'Administració. En general, no es pot ocultar que encara s'ha de demostrar l'èxit de les mesures de perfeccionament, i tampoc no es pot deixar de dir que en gran part aquest depèn de la correcta selecció dels participants.

Per dur a terme aquesta empresa prenen part dues institucions: la ja esmentada *Hochschule für Verwaltungswissenschaften* d'Speyer, que es dedica a la formació i perfeccionament dels funcionaris dels Länder, i la *Bundesakademie für öffentliche Verwaltung* de

Bonn, que s'ocupa de la tasca de formar i perfeccionar els funcionaris del Bund.

V. PERFECCIONAMENT DE FUNCIONARIS DE COSSOS SUPERIORS, INSTITUCIONS I PROGRAMES PROFESSATS

1. *L'Hochschule für Verwaltungswissenschaften d'Speyer.* *El seu objectiu: la funció pública dels Länder*

L'Escola de Ciències de l'Administració d'Speyer, pròxima a complir els seus quaranta anys d'existència, va néixer com a acadèmia estatal dedicada a les Ciències de l'Administració el 1947. Sota el seu nom actual es conformà el 1952, fruit d'un conveni entre la Federació i els onze Länder. La seva composició, estructura i funcionament actual està regulat per la Llei Territorial de Rheinland-Pfalz de 1978 (GVBl., 1978, pàg. 568).¹⁵⁸

Segons el conveni celebrat el 1952, l'Escola, amb seu a Speyer, funciona com a institució jurídicopública. Les despeses que l'*Hochschule* originava les suportava en els seus inicis el Land Rheinland-Pfalz, on hi ha situat Speyer, fins que va començar a funcionar el finançament conjunt. Els òrgans de què es componia —i es compon— són el Rector, el Senat i el Consell d'Administració. La primera orientació que patí l'Escola va ser la de l'*École Nationale d'Administration* de París; el cos del seu professorat, però, dirigí els seus passos cap a la forma tradicional d'ensenyament a Alemanya, i aquesta adoptà posteriorment el rang d'Universitat o Escola Universitària. A Speyer es pot dirigir, impartir i obtenir els títols de Doctor (*Promotion*), i aconseguir l'habilitació necessària per ocupar una càtedra (*Habilitation*).

L'Escola d'Speyer és l'única Escola Superior que professa ensenyament postuniversitari a la RFA, i atorga títol a especialistes en Dret públic (*Mag. rer. publ.*). Tots els Länder estan representats en el Consell d'Administració i romanen sota la inspecció universitària de Rheinland-Pfalz.

Malgrat el seu nom, no es refereix exclusivament en actitud i activitats tan sols a l'Administració, sinó a les Ciències de l'Administració. Unes línies sobre la seva activitat i funcionament, de ca-

158. G. KISKER, *Kooperation in Bundestaat*, J. C. B. Mohr, 1971, pàg. 319.

ràcter doble: Per una banda, la formació postuniversitària i titulació que imparteix als postgraduats els converteix en potencialment qualificats per ser elegits funcionaris per ingressar al cos superior. Per altra banda, l'Escola participa i emprèn la tasca de la formació posterior, perfeccionament i actualització dels funcionaris dels Länder (cossos superiors). Aquesta última tasca es realitza a l'Escola fora de l'època lectiva en què s'imparteix la formació a postgraduats.

La seva vessant investigadora la realitza a través del *Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung*, que gaudeix d'independència quant a la seva organització, però que es troba estretament vinculat a l'Escola. L'objectiu de la investigació de l'Institut referit no és un altre que el de l'Administració pública, les seves funcions, fins, mitjans, etc.

Els cursos de formació que l'Escola organitza tenen per finalitat la capacitació tant dels funcionaris dels cossos superiors com dels que seran futurs funcionaris dels Cossos superiors. Els catedràtics de l'Escola (està dotada de 17 càtedres) dirigeixen els cursos en els quals podran actuar com a referents els que habitualment exerceixen aquestes funcions a l'Escola.

Les ensenyances s'imparteixen en forma de seminaris que són dirigits per científics i per especialistes en la praxi. L'ensenyament o lliçó pròpiament dita va seguit de la discussió, redacció i solució de casos pràctics, formació d'equips de treball o representació pràctica, a vegades, de papers o conductes assignades.

Els seminaris són dispersos quant als seus temaris, de manera que per als qui posseeixen una curta experiència s'ofereixen seminaris d'introducció a les tècniques administratives, i per als qui posseeixen una experiència més gran se celebren seminaris de discussió. Els seminaris es realitzen durant diverses setmanes amb una durada total de sis mesos. (Els assistents tenen allotjament a la residència que es troba en el mateix campus de l'*Hochschule*.)

Per a 1985-1986 hi havia prevista la celebració dels actes següents:

- Curs sobre problemes del *selfmanagement*. Curs sobre l'Administració i el seu camp d'interacció.
- Seminaris per a directius. Organització i *management*: eco-

nomia de personal i direcció de personal, plantejament i decisió. Finances i Economia.

- Seminari sobre legislació: amb estudi de tècniques d'assaig i control dels projectes de llei i disposicions administratives. Especialment dirigit a funcionaris directius superiors amb més de dos anys d'experiència i que desenvolupen les seves tasques principalment en la preparació de disposicions normatives.

S'ha de subratllar que les activitats que es realitzen estan sempre dirigides a unificar els dos aspectes fonamentals de cada qüestió: el científic i el pràctic. Veritablement es pretén que el reciclatge científic i tècnic que és necessari s'efectuï sobre la base que els qui han de poder utilitzar les tècniques apreses —o renovades— són servidors de l'Estat que realitzen tasques executives. Per dir un exemple concret: el febrer de 1986 es dirigia al servei superior el seminari sobre "Implantació de noves funcions i relacions exteriors de l'Administració", que se centrava en la introducció de noves tècniques i tecnologies en l'Administració (valoració de nous serveis de comunicació a distància, relacions amb els mitjans de comunicació, premsa i qualsevol classe de publicitat, relacions amb l'empresa privada i aspectes i forma d'implantar aquestes tècniques).

2. *La Bundesakademie für öffentliche Verwaltung.*

El seu objectiu: els funcionaris del Bund

Aquesta Acadèmia es dedica a la formació dels cossos superiors del Bund. La seva fundació data del 1969.

La seva funció és fomentar, amb estreta col·laboració amb l'Administració, l'empresa i la ciència, la capacitat d'aquests funcionaris, assajar noves tècniques de planificació i de divisió, i nous mètodes de direcció.

Una de les seves tasques consisteix en el perfeccionament i introducció en les funcions administratives del personal acabat d'ingressar, en els cossos superior i mitjà, durant els dos primers anys de la seva pertinença a l'Administració.

Aquest cicle comprèn l'estudi dels pressupostos, organització i elaboració de preceptes administratius. Per als qui ja exerceixen tasques de responsabilitat en l'Administració pública es dediquen

cursos sobre règim de personal, direcció i col·laboració, reorganització, mètodes de treball, tècniques de planificació i processos de decisió, avaluació de programes, tècniques d'informació, règim de pressupostos, finances, legislació i Dret.

A través de cursos especials es poden preparar funcionaris del *gehobener Dienst* per al seu ascens al servei superior (*höherer Dienst*) en els casos escassos en què es pugui realitzar. Existeix una preparació especial per a l'exercici de funcions internacionals; aquest és l'únic ensenyament que s'imparteix a càrrec del funcionari, ja que la participació en les restants matèries és assumida per la mateixa Acadèmia.¹⁵⁹

159. Referent a això es pot veure el *Jahresarbeitsprogramm 1986* per a la *Bundesakademie für öffentliche Verwaltung*, editat per la mateixa Acadèmia.

Publicacions
de
l'Escola d'Administració Pública
de Catalunya

Col·lecció "ESTUDIS"

1. Josep Sarrion Gualda, *Història de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya (1912-1939)*, Barcelona 1983, 352 ps., ISBN 84-393-0139-4, 1.000 ptes. Amb un pròleg d'Enric Jardí.
2. Antoni Milian i Massana, *El Tribunal de Cassació de Catalunya i l'organització del contenciós administratiu a la II República*, Barcelona 1983, 280 ps., ISBN 84-393-0170-7, 1.000 ptes., Premi «Pere N. Vives i Cebrià» 1984.
3. Jaume Vernet i Llobet, *Concepte i objecte de les lleis d'harmonització*, Barcelona 1984, iv + 224 ps., ISBN 84-393-0432-3, 1.000 ptes.
4. Carles Duarte i Montserrat, *El vocabulari jurídic del Llibre de les Costums de Tortosa (Ms. 1272)*, Barcelona 1985, 128 ps., ISBN 84-393-0509-5, 700 ptes.
5. José Juan Ferreiro Lapatza, *La hacienda de las Comunidades autónomas en los diecisiete estatutos de autonomía*, Barcelona 1985, x + 358 ps., ISBN 84-393-0596-6, 1.000 ptes.
6. Francesc Lliset i Joaquim Tornos, *La Funció pública de les Comunitats autònomes*, Barcelona 1986, XVIII + 294 ps., ISBN 84-393-0631-8, 1.000 ptes.
7. María-Jesús Montoro Chiner, *La Funció pública en el federalisme alemany*, Barcelona 1986, 216 ps., ISBN 84-393-0696-2, 1.000 ptes.

Col·lecció "MATERIALS"

1. *Autonomia i Administració. Actes del Col·loqui Administració i regionalisme, autonomia i federalisme del XVIII Congrés internacional de Ciències administratives*, amb conferències de R. Entrena, Y. Mény, O. Sepe, J. Ll. Sureda, P. Romus, L. E. Schwartz, Barcelona 1983, 160 ps., ISBN 84-393-4147-2, 800 ptes.
2. *Llengua i Administració. Actes del Col·loqui sobre llengua i Administració (Barcelona, octubre de 1983)*, amb conferències de J. M. Puig i Salellas, C. Duarte, E. Oregui, L. Calvo. Ll. B. Polanco, R. Comet, A. Duez, G. Kremnitz, etc., Barcelona 1984, 320 ps., ISBN 84-393-0353-X, 1.000 ptes.
3. *Fundacions privades catalanes*, amb conferències de J. M. Vilaseca, E. Roca, J. Lluch, J. D. Guàrdia, J. Forner, J. Fernández, M. Billoch, Barcelona 1984, 224 ps., ISBN 84-393-0362-9, 800 ptes.
4. *L'establiment del llenguatge administratiu. Actes de les Jornades sobre l'establiment del llenguatge administratiu català (Barcelona, febrer de 1984)*, amb conferències de Ll. B. Polanco, R. Torrents, I. Mari, M. Xirinachs, J. R. Solé, J. Ferrer, Barcelona 1984, 92 ps., ISBN 84-393-0383-1, 400 ptes.
5. *La comarca com a ens territorial - La comarca como ente territorial*, amb conferències de M. S. Giannini, R. Entrena, S. Muñoz Machado, E. Argullol, L. Parejo, R. Martín Mateo, M. Ribas, A. Nieto, Barcelona 1984, vi + 136 ps., ISBN (català) 84-393-0429-3 - ISBN (castellà) 84-393-0430-7, 800 ptes.
6. *La coordinación financiera estatal, autonómica y local*, amb conferències de C. Albiñana, J. M. Tejerizo, J. Martín Queralt, F. Pérez Royo, J. J. Ferreiro, A. de Rovira, Barcelona 1984, 172 ps., ISBN 84-393-0431-0, 800 ptes.
7. *Estudis sobre el projecte de Llei Orgànica del Poder Judicial - Estudios sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial*, amb conferències de J. Arozamena, E. Argullol, F. Salinas, J. Ferret, R. Entrena, J. Tornos, T. Font, T. R. Fernández Rodríguez, Barcelona 1984, 276 ps., ISBN (català) 84-393-0519-2 - ISBN (castellà) 84-393-0523-0, 1.000 ptes.

8. *Tradició i Modernitat en l'establiment de llenguatge administratiu*, amb conferències de R. Comet, T. Cabré, A. Santamarina, E. Casanova, C. Duarte, Barcelona 1986, 144 ps., ISBN 84-393-0657-1, 800 ptes.

Col·lecció "MANUALS I FORMULARIS"

1. Jaume Sànchez i Isac, *Formulari de documentació municipal*, Barcelona 1980¹ i 1982², iv + 224 ps., ISBN 84-393-0057-3, exhaurit.
2. Josep-Enric Rebés, Valentí Sallas i Carles Duarte, *Formulari de procediment administratiu*, Barcelona 1982¹, 1983², 1984³ i (en premsa) 1986⁴, ii + 150 ps., ISBN 84-393-0272-X, exhaurit.
3. Luis Chacón Ortega, *Manual de formularis per a ajuntaments*, volum I, Barcelona 1985, 544 ps., ISBN (de tota l'obra) 84-393-0553-2, ISBN (del primer volum) 84-393-0554-0, 3.500 ptes.
4. Luis Chacón Ortega, *Manual de formularis per a ajuntaments*, volum II, Barcelona 1985, 576 ps., ISBN 84-393-0693-3, 3.500 ptes.
5. Francesc Lliset i Borrell, *Manual de Dret local*, Barcelona 1986, vi + 410 ps., ISBN 84-393-0640-7, 1.800 ptes.

PUBLICACIONS PERIÒDIQUES

Revista de Llengua i Dret, Barcelona, núm. 1: juny de 1983, 15 × 21 cm, ISSN 0212-5056, 1.800 ptes. anuals, periodicitat semestral.

Autonomies. Revista catalana de Dret públic, en coedició amb l'Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, núm. 1: juny de 1985, 17 × 24 cm, 2.700 ptes. anuals, periodicitat quadrimestral, en versió catalana (ISSN 0213-3458) i castellana (ISSN 0213-344X).

L'Escola d'Administració Pública de Catalunya presta el seu suport i col·laboració a les iniciatives següents:

Butlletí Llengua i Administració (Direcció general de Política lingüística), Barcelona, núm. 1: abril de 1982, núm. 22: abril de 1986, periodicitat bimestral.

Introducció al llenguatge jurídic (Departament de Justícia).

Collecció de textos jurídics (Casa editorial Bosch, S. A.).

Dret urbanístic, Barcelona, 1986, 400 ps., ISBN 84-7162-990-9. Edició bilingüe anotada, Antoni Carceller (ponent), Carles Duarte (assessorament i coordinació de llenguatge jurídic).

Dret administratiu, Barcelona, 1986, 760 ps., ISBN 84-7676-000-0. Edició bilingüe anotada, Joaquim Tornos (ponent), Carles Duarte (assessorament i coordinació del llenguatge administratiu).

Dret tributari (en premsa).

AQUESTA EDICIÓ
DE
La Funció pública en el federalisme alemany
S'HA ACABAT D'IMPRIMIR
ALS TALLERS DE GRAFOS S. A.,
DE BARCELONA,
LA PRIMERA SETMANA DE SETEMBRE
DE 1986.







