

ВІД «ОСОБЛИВИХ ВЛАДНИХ ПРАВОВІДНОСИН» ДО ВСЕОХОПЛЮЮЧОГО ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ СЛУЖБОВЦІВ В АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДАХ НА ПІДСТАВІ НОРМ ОСНОВНОГО ЗАКОНУ: КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ НІМЕЦЬКОГО ПРАВА ПУБЛІЧНОЇ СЛУЖБИ¹

У статті розглядається поняття та основи правового статусу професійного чиновництва у Федеративній Республіці Німеччина. Зазначено, що для тлумачення значення цього поняття необхідно звернути увагу на те, що службовці-чиновники є найнятими державою особами, які перебувають із нею в «особливих публічно-правових службових відносинах та відносинах вірності державі». Інституція професійного чиновництва повинна «в інтересах загалу забезпечити, щоб службовці на засадах правової й матеріальної незалежності виконували покладені на них Основним законом завдання та, незважаючи на політичні ігри владних структур, забезпечували діяльність адміністрації». Наголошується на тому, що формування чиновництва має давню традицію в німецькому конституційному та адміністративному праві. Наводяться приклади з рішень Федерального Конституційного суду щодо особливостей інституції професійного чиновництва.

Звертається увага, що в праві про публічну службу – праві державних службовців – основоположні права й гарантії правового захисту не діють повністю необмежено (у тому числі з позиції історичного розвитку). З огляду на це досліджується питання про те, чи не перебуває службовець у стані «особливих владних правовідносин» на відповідно децю нижчому рівні захисту порівняно з «нормальним» громадянином. Зазначається, що в межах класичного вчення про державу та управління на це питання вже було дано чітку відповідь через виведення формули «особливих владних правовідносин», у межах яких деякі принципи правової держави стосовно службовців мали діяти лише обмежено. Наголошується на тому, що названа формула залишалася фактично незареєстрованою до 1970-х рр. – до того часу, доки Федеральний Конституційний суд не поклав цьому край у своєму рішенні стосовно виконання кримінальних покарань. Звертається увага на безперечну важливість такого кроку для правового захисту в галузі права публічної служби також із позиції адміністративного судочинства.

Автором здійснюється детальний аналіз норми Конституції Німеччини, що стосується чиновництва, а саме ст. 33, яка є базовою нормою для публічної служби як на рівні Федеративної Республіки Німеччина загалом, так і на рівні її земель. Робиться висновок, що службовець, незважаючи на його особливий статус і «причетність» до забезпечення державного порядку, залишається майже без винятку носієм основоположних прав, а тому може в повному обсязі та на підставі прав, гарантованих йому ст. 33 Основного закону, оскаржувати за допомогою позову до адміністративних судів дії і вказівки свого роботодавця.

Ключові слова: право публічної служби, професійне чиновництво, службовці, «особливі владні правовідносини», основоположні права, суб'єктивне право, рівність прав, гарантії правового захисту, адміністративний суд.

¹ Доповідь пана Брокера в робочому перекладі Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва.



Ларс Брокер,
д-р, Президент
Конституційної палати
та Вищого
адміністративного суду
землі Рейнланд-Пфальц
(Німеччина)

1. Вступ

Захист основоположних прав, закріплених у Конституції Німеччини, та контроль за їх дотриманням із боку адміністративних судів завжди тісно пов'язані. Саме тому адміністративне судочинство називають «молодшою сестрою» конституційного судочинства. Обидві галузі сприяють дотриманню прав особи в її відносинах із державою та є гарантами обіцянки з боку правової держави того, що визначеним у Конституції Німеччини основоположним правам буде забезпечено ефективну реалізацію й захист. Однак наскільки широко це діє також у сфері публічної служби? І яку роль при цьому відіграє саме адміністративне судочинство?

2. Професійне чиновництво

Переходячи до тлумачення цього поняття, відразу варто зауважити: службовці-чиновники є найнятими державою особами, які перебувають із нею в «особливих публічно-правових службових відносинах та відносинах вірності державі» (про окремі форми цього особливого статусу я говоритиму пізніше). Формування чиновництва має давню традицію в німецькому конституційному та адміністративному праві. Вона сягає часів заснування Кайзерівського рейху (*Deutsches Reich*) 1871 р. (Королівство Пруссія, Королівство Баварія та Велике герцогство Баден). У Веймарській Конституції 1919 р. також закріплювалося професійне чиновництво. На сьогодні воно з позиції права має особливе значення, суть якого я й спробую пояснити. В Основному законі це відображено насамперед у ст. 33².

Інституція професійного чиновництва повинна (не в останню чергу з огляду на визначення, надане Федеральним Конституційним судом) «в інтересах загалу забезпечити, щоб службовці на засадах правової й матеріальної

² Стаття 33:

- «1. Кожний німець у будь-якій землі має рівні права й обов'язки громадянина держави.
2. Кожний німець згідно з його придатністю, здібностями та професійною кваліфікацією має однаковий доступ до будь-якої публічної посади.
3. Реалізація прав громадянина та політичних прав, доступ до публічних посад, а також набуті на публічній службі права є незалежними від віросповідання. Нікому не може бути заподіяна шкода з огляду на його приналежність до певного віросповідання або світогляду.
4. Здійснення владних повноважень, як правило, доручається як постійне завдання службовцям публічної служби, які перебувають у публічно-правових службових відносинах і відносинах вірності державі.
5. Право публічної служби має врегульовуватися та розвиватися з урахуванням традиційних принципів професійного чиновництва» (переклад Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва).

незалежності виконували покладені на них Основним законом завдання та, незважаючи на політичні ігри владних структур, забезпечували діяльність адміністрації» (Pieroth, 2018). Цю ідею було відображено також в іншому його рішенні від 12 червня 2018 р., у якому Федеральний Конституційний суд не лише визнав допустимість заборони службовцям страйкувати з позиції конституційного права, а й визнав таку заборону доцільною з огляду на потребу «забезпечувати функціональну дієздатність держави в усіх владних сферах» (BVerfG, 2016). До речі, особливо цікавим і, напевно, вартим занесення до підручників є формулювання рішення Федерального Конституційного суду стосовно аналізу ним судової практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), зокрема щодо права на страйк публічних службовців. На жаль, сьогодні за браком часу я не маю можливості більш детально на цьому зупинитися. У зв'язку із цим обмежуся лише посиланням на те, що в цьому рішенні судом переконливо були розставлені відповідні крапки в питанні про те, наскільки систематично судова практика ЄСПЛ проникає в національне конституційне право та який обсяг і вплив мають власні національні особливості й традиції (BVerfG, 2016).

3. «Особливі владні правовідносини»

У праві публічної служби – праві державних службовців – основоположні права й гарантії правового захисту не діють повністю необмежено (у тому числі з позиції історичного розвитку). Чи повинен «слуга» держави мати право на позов проти свого роботодавця? Чи може службовець, як і будь-який інший громадянин, посилатися на свої основоположні права перед державою, перебуваючи «на службі» в неї? Чи може контроль із боку адміністративних судів бути при цьому дещо обмеженим? Якщо коротко: чи не перебуває службовець у стані «особливих владних правовідносин» на відповідно дещо нижчому рівні захисту порівняно з «нормальним» громадянином?

У межах класичного вчення про державу та управління на це питання вже було надано чітку відповідь. Так, засновник сучасної німецької науки адміністративного права Отто Майер ще в 1895 р. розвинув формулу «особливих владних правовідносин», у межах яких деякі принципи правової держави мали діяти обмежено. Для цього він сформулював три основні групи випадків: а) відносини військовослужбовця та чиновника з державою; б) шкільні відносини; в) відносини ув'язнених за кримінальні правопорушення (Meyer, 1895; Graf v. Kielmansegg, 2012). Тобто саме це мають за спільне службовці, школярі та в'язні...

Правова формула «особливі владні правовідносини» залишалася незаперечною також у часи чинності Веймарської Конституції. Своєю чинністю ця формула зберігала, поки Федеральний Конституційний суд у рішенні стосовно виконання кримінальних покарань поклав цьому край (BVerfG, 1972). З огляду на таке рішення лише питанням часу було з'ясування того, коли правова формула «особливих владних правовідносин» втратить свою дію щодо шкільних відносин і відносин чиновництва. Адже ідея обмеження правового рівня захисту для таких груп осіб сьогодні не відповідає засадам демократичної правової держави, закріпленим в Основному законі. Через особливості свого статусу вони дещо інакше можуть здійснювати цей захист (іншими засобами). Тому правова формула «особливих владних правовідносин» уже стала історією (Graf v. Kielmansegg, 2012).

Наприклад, зовсім нещодавно Федеральний Конституційний суд прийняв важливе рішення стосовно заборони страйків для службовців, однак наголосив у ньому на тому, що службовцям належить невід'ємне конституційне право на свободу створення коаліцій, як це передбачено в ст. 9 Основного закону³. Тобто вони можуть організовуватися, зокрема, у професійні спілки та таким чином захищати свої права (BVerfG, 2016). Згодом я ще повернуся до цього рішення.

4. Стаття 33 Основного закону

Однак що означає такий розвиток сприйняття службових відносин для правового захисту в галузі права публічної служби з позиції адміністративного судочинства? По-перше, те, що закріплена в ч. 4 ст. 19 Основного закону⁴ гарантія правового захисту діє також у сфері відносин службовця з його роботодавцем, тобто державою. Окремий службовець може ініціювати перевірку судом заходів і вказівок, які стосуються його як особи. Проте це не означає, що він набуває право ігнорувати отримані ним вказівки, адже він підпадає під дію обов'язку вірності. З іншого боку, це не позбавляє його можливості добиватися перевірки відповідних заходів і вказівок у суді (у разі потреби та, як правило, згодом, пізніше).

У деталях це можна краще пояснити та структурувати, якщо проаналізувати центральну норму Конституції Німеччини, яка стосується чиновництва, а саме ст. 33 Основного закону (її текст наведено вище). Вона є базовою нормою для публічної служби на рівні загалом Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН) та на рівні окремих земель. Вона також є безпосередньо діючою нормою конституційного права (Hoffmann, Faßbender, 2014). Проаналізуємо кожну із частин цієї статті більш детально.

Частина 1 ст. 33 Основного закону відіграє особливу роль, хоча в ній (на відміну від чотирьох наступних) йдеться не безпосередньо про права чиновництва, а загалом про правові відносини будь-якого громадянина з державою. «Землею» в розумінні ч. 1 ст. 33 Основного закону є всі 16 федеральних земель ФРН. З позиції приналежності до певної землі це положення також закріплює спеціальну заборону дискримінації. Однак, як уже зазначалося, прямого зв'язку з правом публічної служби ця частина не має, тому ми більше до неї не повертатимемося.

На відміну від попередньої норми, *частина 2* ст. 33 Основного закону має для права публічної служби основоположне значення. Вона містить (хоч і не розташо-

³ Стаття 9:

1. Усі німці мають право утворювати спілки й товариства.
2. Забороняються об'єднання, цілі чи діяльність яких суперечать кримінальному законодавству або спрямовані проти конституційного ладу чи проти ідеї порозуміння між народами.
3. Право створювати об'єднання для охорони або поліпшення умов праці та економічних умов гарантується кожному і для всіх професій. Домовленості, що мають на меті обмежити це право або ускладнити його реалізацію, є недійсними, а спрямовані на це заходи – протизаконними. Заходи, передбачені в ст. 12а, у ч. ч. 2 та 3 ст. 35, у ч. 4 ст. 87а та в ст. 91, не можуть бути спрямовані проти виступів трудящих, що проводяться зазначеними в реченні 1 об'єднаннями з метою охорони або поліпшення умов праці та економічних умов» (переклад Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва).

⁴ «У разі порушення права будь-якої особи публічною владою їй належить право на звернення до суду. Якщо не встановлена інша підсудність, діє загальний порядок звернення до суду. Це не стосується речення 2 ч. 2 ст. 10» (переклад Німецького Фонду міжнародного правового співробітництва).

вана в розділі Основного закону, який безпосередньо присвячений правам) основоположне право на рівність, яке захищає інтереси кандидатів («кожний німець») під час конкурсу на зайняття публічної посади. Водночас ч. 2 ст. 33 Основного закону захищає публічний інтерес таким чином, щоб «посади у сфері публічної служби обіймали найкращі». Тобто за її допомогою має бути забезпечений «відбір найкращих». У такий спосіб це основоположне право слугує забезпеченню дотримання принципу оцінки дій службовця за його професійними якостями, тобто забезпеченню функціональності та професійності публічної служби. Критеріями мають бути виключно «придатність», «здібність» і «професійна кваліфікація»:

- «придатність» у вузькому розумінні включає в себе насамперед особистісні якості та якості характеру кандидата;
- «здібність» передбачає насамперед те, що кандидат має відповідний хист, загальні знання, життєвий досвід і загальну освіту;
- «професійна кваліфікація» означає фахові знання, фахові спроможності та досвід у цьому фаху (або, відповідно, на посаді).

«Рівний доступ» у розумінні ч. 2 ст. 33 Основного закону діє не лише під час першого призначення на публічну посаду. Ним охоплюються також подальші кар'єрні підвищення. Тобто сфера застосування цієї норми є дуже широкою й всеохоплюючою.

Таким же широким і всеохоплюючим є її значення для судової практики адміністративних судів. У центрі уваги під час перевірки з боку адміністративного суду, як правило, стоїть критерій діяльності на відповідному фаховому рівні. Вирішальними під час відбору кандидата мають бути лише такі дані, що стосуються порядку його дій, а не певні міркування, що не стосуються справи безпосередньо. Особливу роль це відіграє під час так званих «проваджень із розгляду спорів між конкурентами» (тобто коли кандидат, якого не відібрали під час конкурсу, подає позов проти потенційного роботодавця з метою попередити призначення на посаду відібраного кандидата (конкурента) та, за позитивного вирішення спору, добитися власного призначення – тобто виникає така собі «ситуація трикутника»).

Саме тому ті процедури, які в установі присвячені оцінці діяльності службовців (а також їх придатності й здібностей), є дуже формалізованими та пронизаними визначеннями з практики адміністративних судів. Адміністративні суди перевіряють насамперед дотримання цих формальностей і процедур роботодавцем. Йдеться, наприклад, про відповідь на такі питання: чи в правомірний спосіб здійснювалося таке оцінювання? Чи здійснювала таке оцінювання справді компетентна особа? Як широко враховувалася при цьому діяльність службовця загалом? Чи застосовувалися до всіх службовців відповідної сфери діяльності однакові засоби оцінювання? Прикладами міркувань, що не стосуються справи, у такому разі можуть бути кар'єрне зростання з огляду на партійно-політичні уподобання (так званий посадовий патронаж), вимагання лише певного документа про освіту, який взагалі не потрібний для бажаної кандидатурою посади, надання переваг мешканцям лише певної громади (або певної землі – при цьому вже може бути задіяна також ч. 1 ст. 33 Основного закону).

До речі, такі провадження в адміністративних судах проводяться, як правило, майже виключно у вигляді прискореного провадження із забезпечення правового

захисту. До того ж вони мають здійснюватись у прискореному порядку також з огляду на те, що держава так само має зацікавленість у тому, щоб вакантна посада була зайнята в найкоротший час із метою забезпечення належного виконання державних завдань.

Частина 3 ст. 33 Основного закону спрямована на конкретизацію положень, закріплених у ч. ч. 1 та 2. Вона також містить основоположне право на рівність. У першому реченні ч. 3 (йдеться саме про публічну службу) встановлюється заборона дискримінації з релігійних підстав, яка діє для всієї сфери публічної служби. Друге речення ч. 3 повністю забороняє дискримінацію на підставі релігійних переконань і світогляду. Це основоположне право не лише має значення для гарантії доступу до публічної посади та під час кар'єрного зростання, а й впливає на характер службових відносин загалом.

Наведемо приклад: роботодавець забороняє вчительці, яка сповідує мусульманство, носити хустку на голові (що, як відомо, обов'язково передбачається для мусульманок релігією). Заперечуючи проти такої вказівки її роботодавця, учителька може посилатися (у позові до адміністративного суду) на основоположне право, передбачене ч. 3 ст. 33 Основного закону, і додатково на свободу релігії згідно із ч. ч. 1 та 2 ст. 4 Основного закону. Однак таку її правову позицію необхідно порівнювати у свою чергу з правом батьків на виховання дітей (ч. 2 ст. 6 Основного закону) та з так званою «негативною» свободою релігії школярів, що також постає із ч. ч. 1 та 2 ст. 4 Основного закону (тобто їх свободою від того, щоб вимушено мати справу з певними релігійними символами в межах шкільних відносин). До цього додаються також обов'язок держави забезпечувати нейтральність у релігійних справах і наявність публічного інтересу на забезпечення належного функціонування шкільної галузі (спокій у школах). Якщо порядок звернення до адміністративних судів був вичерпаний учителькою, то вона може зрештою подати конституційну скаргу. Федеральний Конституційний суд (Другий сенат) у його першому рішенні щодо носіння хустки для мусульман у 2003 р. зазначив, що для такої «заборони хустки» (з огляду на її інтенсивне втручання в основоположні права) потрібна законодавча основа (принцип застереження законом) (BVerfG, 2003; Ipsen, 2003). Тому на той час конституційну скаргу було задоволено.

В іншій схожій справі, коли відповідна законодавча основа вже була забезпечена з боку законодавця, Федеральний Конституційний суд (цього разу Перший сенат) вирішив, що «заборона хустки» вважатиметься пропорційним заходом лише в тому разі, якщо її носіння порушує спокій у школі. Якщо в конкретному випадку це не так, тобто певний конкретний конфлікт із цього приводу відсутній, то роботодавець загалом має бути толерантним до носіння хустки (BVerfG, 2015). Це рішення було прийняте в 2015 р. та викликало чимало критичних зауважень (Neue Juristische Wochenschrift, 2015; Enzensperger, 2015; Stüer, Schwabe, Stüer, 2015).

Визначені судом у цьому рішенні принципи були пізніше застосовані в рішенні відповідної Колегії суду від 2016 р. в справі виховательки дитячого дошкільного закладу (BVerfG, 2016). Залишається лише почекати, чи збережеться ця практика саме в такому вигляді, адже нині Федеральним Конституційним судом розглядається справа (цього разу знову Другим сенатом), у якій ідеться

про таку заборону щодо практикантки-юриста, яка під час її участі у відповідній освітній практиці в суді мала намір носити на голові хустинку, перебуваючи на суддівській лаві або ж виступаючи в судовому засіданні від імені сторони обвинувачення. Якщо коротко, то йдеться про те, чи можлива в офіційному одязі така комбінація, як суддівська мантия та мусульманська хустка на голові (або взагалі якісь релігійні символи). У будь-якому разі на це рішення всі очікують із неабияким інтересом. До речі, клопотання практикантки-юриста провести прискорений розгляд справи Федеральний Конституційний суд уже відхилив (BVerfG, 2017; Muckel, 2017; Reus, Mühlhausen, 2017). Я сподіваюсь, що для сфери діяльності органів юстиції щонайменше діятимуть інші підходи. Ухвала за поданим клопотанням залишає певні надії.

Зрозуміло, що для цих «справ про хустку» поряд із визначенням відповідного правового масштабу (у випадку практикантки-юриста ще додається її основоположне право на свободу професії у вигляді отримання відповідної освіти (ч. 1 ст. 12 Основного закону)) спільним є також те, що спочатку рішення мали приймати адміністративні суди, і лише потім – майже одне за іншим – мав вирішувати Федеральний Конституційний суд. Однак конституційно-правові передумови (для адміністративних судів і Федерального Конституційного суду) є значною мірою однаковими. Суспільне значення та наслідки таких судових рішень також є надзвичайно важливими.

Частина 4 ст. 33 Основного закону встановлює так зване функціональне застереження для службовців. Воно означає, що справа виконання публічних завдань має доручатися службовцям, а не приватним особам чи особам, з якими держава уклала лише приватноправову трудову угоду. Для здійснення владних повноважень, як правило, мають використовуватися професійні службовці.

Згідно із судовою практикою Федерального Конституційного суду це стосується, окрім збройних сил і поліції (тут це однозначно – *Л. Б.*), насамперед інших органів держави із забезпечення правопорядку, податкової адміністрації, дипломатичної служби, а також органів управління, які уповноважені на розроблення й прийняття правових актів, забезпечення їх виконання та здійснення владних функцій у сфері нагляду.

Ще одне догматичне застереження: ч. 4 ст. 33 Основного закону не передбачає (як видно), на відміну від ч. ч. 1–3, суб'єктивне право окремої особи, а є саме нормою так званого спрямованого на впорядкування організації держави права. Тому згадане вище функціональне застереження не можна реалізувати шляхом ізольованого оскарження ні шляхом звернення до адміністративних судів, ні шляхом подання конституційної скарги до Федерального Конституційного суду.

З іншого боку, його не можна вважати зовсім неважливим для конкретної особи, права якої зачіпаються. Наприклад, у межах перевірки іншої правової диспозиції (загальної свободи дій у ч. 1 ст. 2 Основного закону) функціональне застереження ч. 4 ст. 33 Основного закону все-таки може відігравати певну роль. Зокрема, Федеральний Конституційний суд спеціально наголосив на тому, що ч. 4 ст. 33 Основного закону слугує «захисту громадянина, якого зачіпають відповідні дії з виконання владних завдань» (BVerfG, 2012). Тому він

може посылатися на те (звісно, і в адміністративних судах), що відповідне втручання в його основоположні права не може бути виправдане в разі порушення такими діями ч. 4 ст. 33 Основного закону (наприклад, управління в'язницею здійснюється приватною службою безпеки, держава лише орендує там камери – відверто неконституційне становище).

Частина 5 ст. 33 Основного закону містить центральну норму німецького права публічної служби (Hebeler, 2014). Її структура не виглядає надто простою. По-перше, об'єктивно забезпечується існування професійного чиновництва (так звана інституційна гарантія професійного чиновництва). По-друге, вона засновує саме суб'єктивне право окремого службовця в тому разі, якщо певний традиційний принцип цієї сфери зачіпатиме його особисте правове становище. Тобто ч. 5 ст. 33 Основного закону закріплює «право, яке прирівнюється до основоположних прав». Це не в останню чергу має означати, що традиційні принципи можна оскаржувати за допомогою позову в адміністративних судах (і за допомогою конституційної скарги до Федерального Конституційного суду).

Однак якими є ці «традиційні принципи» в розумінні ч. 5 ст. 33 Основного закону? Під ними розуміються насамперед (в усталеній судовій практиці Федерального Конституційного суду) ті принципи, які «в загальному плані або переважно впродовж тривалого часу (що приводить до формування традиції) були визнані як обов'язкові та дотримувалися щонайменше ще за Веймарської Конституції» (BVerfG, 2018). Якщо коротко, то можна констатувати, що конкретний принцип має бути фундаментальним і традиційним (Hebeler, 2014). Обидві передумови повинні бути наявними кумулятивно.

Згідно із цим найважливішими принципами є такі:

- загальний обов'язок вірності службовця державі. Тобто службовець насамперед повинен служити неупереджено й політично нейтрально, непідкупно та не у власних інтересах. Він має повністю віддаватися справі служіння з покладанням усіх особистих зусиль на користь роботодавця (і за межами служби також). Від має слухняно ставитись до службових вказівок, зокрема й до протиправних. Усією своєю поведінкою він повинен засвідчувати свою відданість республіканським демократичним засадам, визначеним в Основному законі. Службовець має бути помірним і стриманим у політичній критиці держави. Обов'язок помірності може стосуватися його манери вдягатися тощо. Приклад – довге волосся або татуювання в поліцейських або службовців органів із виконання покарань (на нашу думку, дискусійне питання);

- заборона страйків як особливий прояв загального обов'язку вірності (згідно з рішенням Федерального Конституційного суду від 12 червня 2018 р. діє також щодо вчителів і службовців, які не здійснюють владні функції);

- обов'язок турботи з боку роботодавця (він кореспондує з тим, що службовець повинен «повністю особисто віддаватися» служінню). Обов'язок турботи проявляється насамперед у дії принципу забезпечення службовцю повного утримання. Згідно з ним роботодавець повинен турбуватися про забезпечення службовцю та його сім'ї (!) прийняттого життєвого утримання, навіть після смерті службовця. Зокрема, при цьому йдеться про прийнятний рівень окладу

(«оплати»). І хоча під час виконання цього обов'язку роботодавцю визначаються досить широкі межі для розсуду, він при цьому підпадає під дію відповідних меж. Однак обов'язок турботи набуває подальших широких меж. Наприклад, роботодавець повинен підтримувати службовця в кар'єрному зростанні, захищати його від неправомірних нарікань третіх осіб, не ганьбити його без наявних справедливих підстав шляхом піддавання критиці щодо виконання його службових обов'язків, надавати за потреби додаткову підтримку в разі хвороби, потреби в догляді, випадків народження чи смерті, задіювати його згідно із займаною посадою та обов'язками тощо;

– принцип довічного призначення (BVerfG, 2018), тобто неможливість звільнення (!).

Для адміністративних судів це означає насамперед те, що оскільки ч. 5 ст. 33 Основного закону надає безпосереднє конституційне суб'єктивне право, то службовець може оскаржувати за допомогою позову порушення (стверджуване ним) обов'язку роботодавця щодо турботи, причому не важливо, у якому прояві (наприклад, позов про забезпечення прийнятного окладу або прийнятного задіяння на службі). І навпаки, службовець може за допомогою позову захищатися від будь-яких заходів із боку роботодавця (і від таких, за допомогою яких роботодавець намагається забезпечити дотримання службовцем його обов'язку вірності, наприклад: від вказівок учительці не носити на заняття хустку, яку вона носить із релігійних переконань; від вказівок поліцейському або службовцю у сфері виконання покарань прикривати помітне на їх тілі татуювання).

5. Висновки

Чиновництво в Німеччині є важливим стовпом стабільності державних засад, який спирається на усталені традиції. Чиновництво забезпечує та убезпечує функціональні спроможності держави.

При цьому службовець, незважаючи на його особливий статус і «причетність» до забезпечення державного порядку, залишається майже без винятку носієм основоположних прав. Гарантія правового захисту, проголошена в ч. 4 ст. 19 Основного закону, діє для службовця в його відносинах із роботодавцем без обмежень.

Тому службовець може в повному обсязі та на підставі прав, гарантованих йому ст. 33 Основного закону, оскаржувати за допомогою позову до адміністративних судів заходи свого роботодавця. Цим самим право публічної служби набуло (насамперед з огляду на його тісне переплетення з питаннями забезпечення функціональної спроможності держави) неабиякої ваги та є важливою частиною проваджень в адміністративних судах.

Це проявляється також у кількісному вимірі: навіть якщо статистично є скоріше винятком ситуація, коли службовець подає позов проти «свого» роботодавця, проте провадження у сфері права публічної служби в адміністративних судах навіть за їх кількістю мають важливе значення. У моїй федеральній землі, наприклад, у 2017 р. майже 8% справ у судах першої інстанції були справами такого характеру. У Вищому адміністративному суді землі Рейнланд-Пфальц, тобто в апеляційній інстанції, вони складають навіть 15,5% (Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, 2018).

Список використаних джерел:

1. B. Pieroth, in: H.D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 44.
2. BVerfG, Urteil vom 12.06.2016 – 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 152 ff.
3. BVerfG, Urteil vom 12.06.2016 – 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 126 ff., Rn. 163 ff. (insb. 176 ff.).
4. O. Meyer, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 1895, S. 99 ff.
5. S. Graf v. Kielmansegg, Juristische Arbeitsblätter 2012, S. 881 ff. m.w.N.
6. BVerfG, Beschluss vom 14.03.1972 – 2 BvR 41/71, Neue Juristische Wochenschrift 1972, S. 811 ff.
7. S. Graf v. Kielmansegg, Juristische Arbeitsblätter 2012, S. 881 (S. 882).
8. BVerfG, Urteil vom 12.06.2016 – 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 113 ff., Rn. 138 ff.
9. J.M. Hoffmann/K. Faßbender, Juristische Schulung 2014, S. 597 ff. m.w.N.
10. BVerfG, Urteil vom 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, Neue Juristische Wochenschrift 2003, S. 3111 ff.
11. J. Ipsen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, S. 1210 ff.
12. BVerfG, Beschluss vom 27.01.2015 – 1 BvR 471/10 u.a., Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1359 ff.
13. Neue Juristische Wochenschrift 2015, S. 1369 ff.
14. D. Enzensperger, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 871 ff.
15. E.-M. Stürer/J. Schwabe/B. Stürer, Deutsches Verwaltungsblatt 2015, S. 565 ff.
16. BVerfG, Kammerbeschluss vom 18.10.2016 – 1 BvR 354/11, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 381 ff.
17. BVerfG, Kammerbeschluss vom 27.06.2017 – 2 BvR 1333/17, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 2333 ff.
18. S. Muckel, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2017, S. 1132 f.
19. A. Reus/P. Mühlhausen, Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 2336 f.
20. BVerfG, Urteil vom 18.01.2012 – 2 BvR 133/10, Neue Juristische Wochenschrift 2012, S. 1563 (S. 1564).
21. T. Hebel, Juristische Arbeitsblätter 2014, S. 731 ff. m.w.N.
22. BVerfG, Urteil vom 12.06.2018 – 2 BvR 1738/12 u.a., Rn. 118 ff. m.w.N.
23. T. Hebel, Juristische Arbeitsblätter 2014, S. 731 (S. 732).
24. BVerfG, Beschluss vom 24.4.2018 – 2 BvR 10/16, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, S. 1044 ff.
25. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Pressemitteilung Nr. 3/2018, S. 7–16 (Recht des öffentlichen Dienstes und Disziplinarrecht). URL: <http://www.ovg.justiz.rlp.de>.

**FROM “SPECIAL POWER RELATIONS”
TO THE COMPREHENSIVE LEGAL PROTECTION OF EMPLOYEES
IN ADMINISTRATIVE COURTS ON THE BASIS OF THE NORMS
OF THE BASIC LAW: THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL PRINCIPLES
OF GERMAN LAW OF PUBLIC SERVICE**

Lars Broker,

*Dr., President of the Constitutional Chamber
and the Higher Administrative Court of the Rhineland-Palatinate (Germany)*

The author of the article considers the concept and basis of the legal status of professional magistracy in the Federal Republic of Germany. It has been noted that for the interpretation of the meaning of this notion it is necessary to pay attention to the fact that officials are

persons hired by the state, who are under “special public and legal official relations and relations of loyalty to the state”. The institution of professional magistracy should “in the interests of the public ensure that officials perform their tasks assigned to them by the Basic Law on the basis of legal and material independence, and regardless of political games of the authorities must ensure the administration activities”. It has been emphasized that the formation of magistracy has a long tradition within the German constitutional and administrative law. The author has provided examples from the decisions of the Federal Constitutional Court regarding the peculiarities of the institution of professional magistracy. Special attention has been paid to the fact that the fundamental rights and guarantees of legal protection do not completely operate indefinitely (including from the point of view of historical development) in the law on public service – the law on civil servants. In this regard, the author has studied the issue whether an official is in the state of “special legal relations of power” at a somewhat lower level of protection comparing to an “average” citizen. It has been noted that this issue has been already clearly answered within the framework of the classical doctrine on the state and governance, through the development of the formula of “special legal relations of power”, where certain principles of the rule of law concerning officials were to be limited. It has been emphasized that the mentioned formula remained practically indisputable until the 1970s, when the Federal Constitutional Court ruled in its decision on the execution of criminal penalties. The author has paid attention to the undeniable importance of such a step for legal protection in the field of public service law in terms of administrative justice as well.

The author has carried out a detailed analysis of the provisions of the Constitution relating to magistracy, namely the Art. 33 of the Basic Law, which is the basic norm for public service at the level of the German Federation and at the level of lands in the Federal Republic of Germany. The author has concluded that an official, despite his special status and his “involvement” in securing public order, remains the holder of fundamental rights almost without exceptions and, as a result, may fully appeal the actions and instructions of his employer on the basis of the rights guaranteed by the Art. 33 of the Basic Law, by filing a lawsuit to administrative courts.

Key words: right to public service, professional magistracy, officials, “special legal relations of power”, fundamental rights, right, equality of rights, guarantees of legal protection, administrative court.