

## Diagram 1: The legality of an administrative act in German administrative law

- preliminary step: determination of the *type of measure*

### A. Legality in form<sup>1</sup> [formelle Rechtmäßigkeit = légalité externe]

#### I. Competence [Zuständigkeit]

- 1) Subject-matter jurisdiction [sachliche Zuständigkeit]
- 2) Local jurisdiction [örtliche Zuständigkeit]
- 3) Acting of the right authority in the hierarchy of authorities [instanzielle Zuständigkeit]
- 4) Where applicable: acting of the right person within the authority [funktionelle Zuständigkeit]
  - e.g. in case of reservation of certain measures to the head of authority

#### II. Procedure [Verfahren]

- 1) No violation of general procedural requirements (sect. 9 et seq. Adm. Proc. Act)
  - *hearing of participants* (sect. 28)
  - allowing *inspection of files* (sect. 29)
  - admission of representatives and advisors (sect. 14)
  - *no involvement of excluded persons* and persons feared to be prejudiced (sect. 20 et seq.)
- 2) No violation of special procedural requirements according to special legislation
  - in particular public notice, collaboration of other authorities, public tender, environmental impact assessment, consent of the addressee when required by law
- 3) Where applicable: choice of the appropriate special type of procedure and compliance with their special requirements (cf. sect. 63 et seq. + special legislation)
  - in particular public notice, oral hearings, formal hearings and discussions

#### III. Form<sup>2</sup> [Form]

- 1) Form in its strict sense (cf. sect. 37(2-5))
  - in general no particular form is required; the admin. act may be issued electronically, verbally or even by implied conduct
  - a) Where required by law: written or electronic form
    - must indicate authority and contain signature or name of head, representative or deputy
    - electronic acts must be provided with a qualified electronic signature
  - c) Where required by law: compliance with special formal requirements
    - e.g. delivery of certificates
- 2) Statement of reasons (sect. 39)
  - communication of the chief material and legal grounds, in particular of the aspects considered when exercising discretionary power

### B. Legality in substance [materielle Rechtmäßigkeit = légalité interne]

#### I. Legal basis [Ermächtigungsgrundlage]

- 1) Necessity of a legal basis
  - according to the *principle of legal reservation* [Gesetzesvorbehalt], a legal basis is needed if the admin. act interferes with *fundamental rights* or is *essential* in another way for their exercise [Wesentlichkeitstheorie]
  - in German law, the legal norms on the jurisdiction generally do *not* imply the granting of powers; therefore, usually a specific legal basis (in a separate provision) is necessary
- 2) Existence of a legal basis
  - the relevant legal provision must not only concern such measures but grant the power to take them
- 3) Validity and applicability of the legal basis
  - if incompatible with EU law, the norm is inapplicable, in the other cases it is invalid
  - a) Compliance with European Union law
  - b) Compliance with the Basic Law
  - c) In case of Land law: compliance also with federal law and with the Land constitution
  - d) In case of statutory regulations or by-laws: compliance also with the relevant statutory legislation

<sup>1</sup> Note that the missing of some of these requirements may be "cured" by fulfilling them subsequently (sect. 45 Admin. Proc. Act) or may not entitle the citizen to request annulment if it is evident that it has not influenced the decision on the matter (sect. 46).

<sup>2</sup> Note: Neither the *notification of the administrative act* to the addressee and concerned persons (sect. 41), neither the *notification on available legal remedies* (cf. sect. 58 et seq. Code of Admin. Court Proc.) are requirements of legality. The former is a precondition for the existence of the administrative act. The latter is relevant for the start of the deadline for legal remedies.

- 4) Fulfilment of the preconditions set in the legal basis
  - usually one of the major problems in a given case

## II. *Choice of the right addressee*

- a sensitive question in the fields of police (public security) law and environmental protection law
- dogmatically a special problem of the correct exercise of discretionary power

## III. *General requirements of legality in substance*

- 1) Definiteness (sect. 37(1))
- 2) Feasibility of implementation
  - there must not be any material or legal grounds making it impossible to implement the admin. act
- 3) **Proportionality** of the measure [Verhältnismäßigkeit]
  - the principle of proportionality as **core essence of the rule of law**
    - a) Legitimate aim
      - the measure must pursue an objective provided or allowed for in the law
    - b) Suitability
      - the measure must be conducive to its purpose
      - caution: measures might be harsh but nevertheless suitable!
    - c) Necessity
      - the measure must be the least intrusive act of intervention that is equally conducive
      - often the crucial point in the examination of a case
      - consider possible alternatives to the measure!
    - d) Proportionality (in its strict sense)
      - the burdens imposed must not be out of proportion to the aim in view
      - in particular no infringement of the essence ["Wesensgehalt"] of fundamental rights
- 4) No violation of (other) legal norms

## IV. *In case of discretionary decisions: no incorrect exercise of discretion* [Ermessensfehler]

- 1) Non-exercise of discretion [Ermessensnichtgebrauch]
- 2) Exceeding of discretionary power [Ermessensüberschreitung]
- 3) Abuse of discretion [Ermessensfehlgebrauch]
  - a) Wrongful determination of the facts of the case
  - b) Misuse of discretionary power [Ermessensmissbrauch]
    - if decision relies on extraneous considerations
  - c) Basic deficits in the reasoning
    - such as logic errors, inconsistencies, disregard of essential aspects etc.
  - d) Unproportionality (see supra, B.II.3)
  - e) Violation of the principle of equality (art. 3(1) Basic Law)
    - e.g. unjustified deviation from administrative provisions or general practice
  - d) Violation of other fundamental rights or constitutional principles

## Sơ đồ 1:

# Tính hợp pháp của quyết định hành chính theo pháp luật hành chính Đức

- Công việc đầu tiên: xác định loại biện pháp

## A. Hợp pháp về hình thức<sup>1</sup> [formelle Rechtmäßigkeit = légalité externe]

### I. Thẩm quyền [Zuständigkeit]

- 1) Thẩm quyền theo đối tượng [sachliche Zuständigkeit]
- 2) Thẩm quyền địa phương [örtliche Zuständigkeit]
- 3) Đúng thẩm quyền theo hệ thống thứ bậc thẩm quyền [instanzielle Zuständigkeit]
- 4) Trong một số trường hợp: Đúng người trong phạm vi thẩm quyền [funktionelle Zuständigkeit]
  - ví dụ, trong một số trường hợp, quyết định hành chính chỉ được ban hành bởi người đứng đầu cơ quan, đơn vị

### II. Thủ tục [Verfahren]

- 1) Không vi phạm các yêu cầu chung về thủ tục (Điều 9 và các điều tiếp theo của Luật thủ tục hành chính)
  - giải trình của người tham gia thủ tục hành chính (Điều 28)
  - cho phép kiểm tra hồ sơ (Điều 29)
  - cho phép có người đại diện hoặc tư vấn (Điều 14)
  - không có sự tham gia của những người đã bị loại trừ và những người được cho là không khách quan (Điều 20 và những điều tiếp theo)
- 2) Không vi phạm những thủ tục cụ thể theo quy định của các văn bản pháp luật chuyên ngành
  - cụ thể như thông báo công khai, hợp tác với các cơ quan có thẩm quyền khác, đấu thầu công, đánh giá tác động môi trường, có sự đồng ý của đối tượng quyết định hành chính nếu pháp luật yêu cầu.
- 3) Trong một số trường hợp: lựa chọn loại thủ tục cụ thể phù hợp và tuân thủ những yêu cầu đặc biệt của loại thủ tục này (Xem Điều 63 và các điều tiếp theo + văn bản pháp luật chuyên ngành)
  - cụ thể như thông báo công khai, giải quyết vụ việc bằng miệng, giải quyết vụ việc và thảo luận chính thức

### III. Hình thức<sup>2</sup> [Form]

- 1) Hình thức theo nghĩa hẹp (Xem Điều 37(2-5))
  - nhìn chung, không có hình thức cụ thể nào được đặt ra, quyết định hành chính có thể được ban hành ở dạng điện tử, bằng miệng hoặc thậm chí bằng hành vi cụ thể
  - a) Khi pháp luật yêu cầu: hình thức viết hoặc điện tử
    - phải chỉ rõ người có thẩm quyền và chứa đựng chữ ký hoặc tên của thủ trưởng, người đại diện hoặc phó thủ trưởng
    - quyết định hành chính điện tử phải có chữ ký điện tử hợp lệ
  - c) Khi pháp luật yêu cầu: tuân thủ các yêu cầu cụ thể về hình thức
    - ví dụ: việc trao giấy chứng nhận
- 2) Nêu lý do ban hành (Điều 39)
  - Truyền đạt tài liệu chính và căn cứ pháp lý làm cơ sở ban hành, đặc biệt là các yếu tố, khía cạnh được xem xét, cân nhắc khi thực hiện quyền tự định liệu

## B. Tính hợp pháp về nội dung [materielle Rechtmäßigkeit = légalité interne]

### I. Cơ sở pháp lý [Ermächtigungsgrundlage]

- 1) Sự cần thiết của cơ sở pháp lý
  - Căn cứ vào nguyên tắc *đặt chỗ pháp luật* [legal reservation - Gesetzesvorbehalt], cơ sở pháp lý là cần thiết nếu quyết định hành chính can thiệp vào quyền cơ bản hoặc là điều cần bản trong biện pháp khác để thực hiện [Wesentlichkeitstheorie]
  - Trong pháp luật Đức, các quy định pháp luật nhìn chung không ám chỉ việc trao quyền; vì vậy thông thường một cơ sở pháp lý cụ thể (trong một điều khoản riêng biệt khác là điều cần thiết)
- 2) Biểu hiện của cơ sở pháp lý
  - Quy định pháp luật phù hợp không chỉ liên quan đến biện pháp áp dụng mà còn trao quyền cho chủ thể

<sup>1</sup> Lưu ý rằng, việc không bảo đảm một số yêu cầu này có thể được “chữa” bằng việc hoàn thiện đáp ứng yêu cầu sau đó (Điều 45 Luật thủ tục hành chính) hoặc sẽ cho người dân được quyền yêu cầu hủy bỏ quyết định nếu có căn cứ rõ ràng rằng việc thiếu hụt này không ảnh hưởng đến quyết định hành chính (Điều 46).

<sup>2</sup> Lưu ý: Cả thông báo về *quyết định hành chính cho đối tượng của quyết định và những người có liên quan* (Điều 41), *thông báo về các biện pháp khiếu kiện mà họ có thể thực hiện* (Xem Điều 58 và các điều tiếp theo của Luật tố tụng hành chính) đều không phải là những yêu cầu về tính hợp pháp của các quyết định hành chính. Loại thông báo đầu là điều kiện về sự có mặt quyết định hành chính; loại thứ hai nhằm để tính toán thời hiệu, thời hạn khiếu kiện.

- 3) Giá trị và tính áp dụng của cơ sở pháp lý
  - Nếu mâu thuẫn với pháp luật châu Âu, quy định không được áp dụng, trong các trường hợp khác quy định trở nên không có giá trị;
  - a) Tuân thủ với pháp luật Cộng đồng châu Âu
  - b) Tuân thủ Luật cơ bản (Hiến pháp)
  - c) Trong trường hợp luật của bang: phù hợp với luật liên bang và với Hiến pháp của bang
  - d) Trong trường hợp văn bản dưới luật: phải phù hợp với văn bản Luật tương ứng
- 4) Thực hiện các điều kiện tiên quyết được đặt ra trong cơ sở pháp lý
  - thường thường là một trong vấn đề cơ bản của vụ việc cần giải quyết

## II. Lựa chọn đúng đối tượng của quyết định

- đây là vấn đề nhạy cảm trong lĩnh vực an ninh công cộng và pháp luật bảo vệ môi trường
- được cho là một vấn đề cụ thể của việc thực hiện đúng quyền tự định liệu

## III. Các yêu cầu về tính hợp pháp về nội dung

- 1) Tính xác định (Điều 37(1))
- 2) Tính khả thi thực hiện
  - không được có bất cứ nội dung hay cơ sở pháp lý nào làm cho quyết định hành chính không thể thực hiện được
- 3) **Tính cân bằng, tương xứng** [Verhältnismäßigkeit]
  - nguyên tắc cân bằng, tương xứng được xem là **cốt lõi căn bản của nguyên tắc pháp quyền**
  - a) Mục đích phải hợp lý
    - biện pháp áp dụng phải có mục đích được pháp luật quy định hoặc cho phép
  - b) Tính phù hợp
    - biện pháp áp dụng phải có lợi cho mục đích của quyết định
    - thận trọng: biện pháp áp dụng có thể là gay gắt nhưng phải phù hợp!
  - c) Cần thiết
    - biện pháp áp dụng phải là biện pháp mang tính ít can thiệp nhất nhưng cũng phải có lợi
    - thông thường là điểm căn bản cho việc xem xét một vụ việc
    - xem xét, cân nhắc các biện pháp thay thế có thể cho biện pháp áp dụng !
  - d) Tính cân bằng, tương xứng (theo nghĩa hẹp)
    - các biện pháp trách nhiệm được áp dụng không nằm ngoài mục đích đặt ra
    - đặc biệt là không vi phạm nội dung cốt lõi ["Wesensgehalt"] của các quyền cơ bản
- 4) Không vi phạm các quy định pháp luật khác

## IV. Đối với các quyết định hành chính thực hiện quyền tự định liệu: thực hiện chính xác quyền tự định liệu [Ermessensfehler]

- 1) Không thực hiện quyền tự định liệu [Ermessensnichtgebrauch]
- 2) Vượt quá giới hạn của quyền tự định liệu [Ermessensüberschreitung]
- 3) Lạm dụng quyền tự định liệu [Ermessensfehlergebrauch]
  - a) Xác định sai tình tiết thực tế vụ việc
  - b) Sử dụng không đúng quyền tự định liệu [Ermessensmissbrauch]
    - nếu như quyết định hành chính lệ thuộc vào những nội dung xem xét không liên quan
  - c) Thiếu hụt cơ bản trong lập luận
    - như lỗi về lô-gic, thiếu nhất quán, không quan tâm đến các nội dung căn bản
  - d) Mất cân đối, tương xứng (xem mục B.II.3)
  - e) Vi phạm nguyên tắc công bằng (Điều 3(1) Hiến pháp)
    - ví dụ có sự sai khác so với các quy định hành chính hoặc thực tiễn chung nhưng điều này không được lý giải phù hợp
  - d) Vi phạm các quyền cơ bản hoặc nguyên tắc hiến pháp khác