

NR 30

IZ Policy Papers

Instytut Zachodni
West-Institut
Institute for Western Affairs



Wybrane aspekty prawne niezawisłości władzy sądowniczej w RFN

Selected Legal Aspects of Judicial Independence in the Federal Republic of Germany

Magdalena Bainczyk



IZ Policy Papers

W serii ukazały się / Published in the series:

- Nr 1(I)** Historia i pamięć: masowe przesiedlenia 1939-1945-1949
History and Memory: mass expulsions and transfers 1939-1945-1949
Geschichte und Erinnerung: Zwangsaussiedlung und Flucht 1939-1945-1949
- Nr 2 (I)** Odradzanie się społeczeństwa obywatelskiego. Rozwój polskiego trzeciego sektora w latach 1989-2008
Revival of the civil society. Development of the third sector in Poland 1989-2008
Wiederbelebung der Zivilgesellschaft. Der dritte Sektor in Polen 1989-2008
- Nr 3(I)** Międzynarodowa solidarność. Operacje pokojowe ONZ -NATO -UE
International solidarity. UN, NATO and EU peace operations
Internationale Solidarität. Die Friedensoperationen der UN, NATO und EU
- Nr 4(I)** Polska i Niemcy w Unii Europejskiej (2004-2009). Główne problemy i wyzwania
- Nr 5(I)** Przyszłość NATO – trudne decyzje
- Nr 6(I)** Mocarstwowe aspiracje Niemiec w Europie XXI wieku: realia i perspektywy (Raport z badań)
- Nr 7(I)** Stany Zjednoczone wobec kryzysów regionalnych – aspekt transatlantycki
- Nr 8(I)** Dynamika niemieckiej opinii publicznej. Wizerunek Polski i Polaków w Niemczech
- Nr 9(I)** Dynamika niemieckiej opinii publicznej. Pozycja partii politycznych na podstawie sondaży i wyników wyborów do parlamentów krajowych (2011-2012)
- Nr 10(I)** Europa w strategii Baracka Obamy (2009-2012)
- Nr 11(I)** Polityka polonijna w ocenie jej wykonawców i adresatów
- Nr 12(I)** Polacy i Niemcy wobec przyszłości Unii Europejskiej. Aspekty gospodarcze
- Nr 13(I)** Polityki pamięci i dyskursy pamięci w 100-lecie wybuchu I wojny światowej
- Nr 14(I)** Niemiecki system kształcenia obywatelskiego. Wnioski dla Polski
- Nr 15(I)** Tendencje w wykorzystaniu czasu pracy w państwach wysoko rozwiniętych na początku XXI wieku
- Nr 16** Outward FDI Policies in Visegrad Countries. Final Report
- Nr 17(I)** Bilans 25 lat Traktatu między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec o dobrym sąsiedztwie i przyjaznej współpracy z dnia 17 czerwca 1991 r.

Magdalena Bainczyk

**Wybrane aspekty prawne
niezawisłości władzy
sądowniczej w RFN**

**Selected Legal Aspects
of Judicial Independence
in the Federal Republic
of Germany**



Instytut Zachodni

Seria wydawnicza / Published in the series:

„IZ Policy Papers” nr 30(I)

Redakcja serii / Editorial team:

Joanna Dobrowolska-Polak (red. naczelna / editor in chief)

Marcin Tujdowski

Recenzent / Reviewer:

prof. dr hab. Andrzej Dziadzio

Tłumaczenie/Translation:

dr Marcin Turski

Opracowanie redakcyjne / Editing:

Hanna Różanek

Koncepcja graficzna / Graphic design:

Ewa Wąsowska

© Copyright by Instytut Zachodni

Poznań 2019

Wydawca / Publishing house:

INSTYTUT ZACHODNI

61-854 Poznań, ul. Mostowa 27

tel. 61 852 76 91

tel. 61 852 28 54 (wydawnictwo)

fax 61 852 49 05

e-mail: wydawnictwo@iz.poznan.pl

www.iz.poznan.pl

ISBN 978-83-61736- 82-0 (Print)

ISBN 978-83-61736-83-7 (Online)

Spis treści/Table of contents

I.

Wprowadzenie.....	9
1. Konstytucyjne zasady funkcjonowania sądownictwa w RFN	13
1.1. Zasada demokracji.....	13
1.2. Wyłączność sędziów i sądów w zakresie wykonywania władzy sądowniczej	15
1.3. Niezawisłość sędziowska	15
1.3.1. Aspekt rzeczowy niezawisłości sędziowskiej	17
1.3.2. Aspekt osobowy niezawisłości sędziowskiej	18
1.3.2.1. Przejście w stan spoczynku po osiągnięciu wieku emerytalnego	18
1.3.2.2. Przykładowe rozwiązania prawa krajów związkowych w zakresie przechodzenia sędziego w stan spoczynku po osiągnięciu granicy wieku.....	20
1.3.3. Działalność polityczna sędziów niemieckich.....	22
1.3.3.1. Przykłady politycznego zaangażowania sędziów niemieckich	24
1.4. Powoływanie sędziów sądów federalnych i krajowych	26
1.4.1. Powołanie sędziego sądu federalnego.....	26
1.4.2. Powołanie sędziego sądów krajowych	28
1.4.3. Przykładowe przepisy krajów związkowych dotyczące wyboru sędziów	30
1.5. Nadzór służbowy nad sędziami	36
1.5.1. Przykładowe przepisy kraju związkowego dotyczące wykonywania nadzoru służbowego nad sędziami krajowymi	38
1.6. Skarga na naruszenie przez sędziego porządku konstytucyjnego.....	41
1.7. <i>Facit</i>	42
2. Status sędziego	45
2.1. Organy samorządu sędziowskiego	47
2.1.1. Prezydium sądu	47
2.1.2. Rady prezydialne, rady sędziowskie oraz krajowe komisje osobowe	48
3. Antecedencje historyczno-prawne	50
4. Propozycje reform sądownictwa w RFN.....	55
4.1. Projekt DRB ustawy krajowej o samorządności sądownictwa.....	57
5. Podsumowanie	59
Streszczenie.....	61

II.

Introduction	65
1. Constitutional principles of operation of the judiciary in the Federal Republic of Germany	69
1.1. The principle of democracy	69
1.2. Exclusive authority of judges and courts in the exercise of judicial power.....	71
1.3. Judicial independence	71
1.3.1. Substantive aspect of judicial independence	72
1.3.2. Personal aspect of judicial independence	74
1.3.2.1 Retirement after reaching retirement age	74
1.3.2.2. Examples of <i>Länder</i> law on the retirement of judges after reaching the age limit	76
1.3.3. Political activities of German judges	77
1.3.3.1. Examples of political involvement of German judges	80
1.4. Choice of judges of federal and <i>Länder</i> courts	81
1.4.1. Choice of federal court judges	82
1.4.2. Choice of judges of <i>Länder</i> courts.....	83
1.4.3. Examples of <i>Länder</i> legislation on choice of judges	86
1.5. Official supervision of judges.....	91
1.5.1. Examples of <i>Länder</i> legislation concerning the exercise of official supervision over <i>Länder</i> judges	94
1.6. Complaint concerning a judge's violation on constitutional order	96
1.7. <i>Facit</i>	97
2. The status of a judge	100
2.1. Judicial self-government institutions	102
2.1.2. Presidium of a court.....	102
2.1.3. Presidium councils, judicial councils and <i>Länder</i> staff committees.....	103
3. Historical and legal antecedents	105
4. Proposed reforms of the judiciary in the Federal Republic of Germany	110
4.1. DRB draft Land law on self-government of the judiciary	113
5. Conclusion	114
Summary	116
Bibliografia/Bibliography	118
Nota biograficzna/Biographical note	119



**Wybrane aspekty prawne
niezawisłości władzy
sądowniczej w RFN**

Wprowadzenie

Niezawisłość sędziowska ma gwarantować neutralność sędziego i obiektywność orzecznictwa. Choć jest istotną zasadą ustroju państwa, zagrażają jej naruszenia lub też ograniczenia pochodzące z różny stron: uczestników postępowania sądowego, organów władzy państwowej, prasy i mediów, grup społecznych, różnego rodzaju grup stowarzyszeń i związków. Przedmiotem niniejszego opracowania będzie jednakże **zasada niezawisłości sędziowskiej w rozumieniu węższym, jako niezależność organów władzy sądowniczej od organów władzy państwowej** (niem. *Staatsunabhängigkeit*)¹.

Ustawa Zasadnicza dla Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r.² zawiera szereg przepisów bezpośrednio lub pośrednio związanych z zasadą niezawisłością władzy sędziowskiej w ujęciu wąskim:

- zasadę demokracji i trójpodziału władzy (art. 20 UZ),
- gwarancję niezależności sędziowskiej (art. 97 UZ).

Przepisy powyższe stanowią konstytucyjnoprawną podstawę dla zagwarantowania niezależności sądownictwa, zwłaszcza w stosunku do władzy wykonawczej. Zdaniem wielu przedstawicieli niemieckiego środowiska sędziowskiego wprowadzenie elementów samorządu zawodowego stanowiłoby istotny łącznik pomiędzy tymi zasadami, a także pozwoliłoby na pełną realizację wspomnianych zasad konstytucyjnych. Jednakże przepisy UZ, odnoszące się bezpośrednio do sądownictwa :

- art. 95 UZ (sądy federalne)
- art. 98 UZ (status prawny sędziego federalnego i krajowego)

zawierają postanowienia oparte na **charakterystycznym dla RFN pojmowaniu sądownictwa jako części aparatu państwowego, z silną pozycją federalnego ministra sprawiedliwości oraz ministrów sprawiedliwości krajów związkowych. W tym zakresie więc przepisy UZ nie są do końca konsekwentne. Z jednej strony UZ wprowadza zasadę trójpodziału władzy i niezależności sędziowskiej, ale z drugiej strony przewiduje jej bar-**

¹ N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit*, „Neue Juristische Woche” 1985, s. 3041.

² niem. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, BGBl. 1949 [niem. *Bundesgesetzblatt*, federalny dziennik, ustawa], s. 1 z późn. zmianami. W opracowaniu uwzględniono ostatnią zmianę UZ z dnia 13 lipca 2017 r. (BGBl. I, s. 2347). Wszystkie przepisy w opracowaniu w tłumaczeniu autorki.

dzo mocne powiązanie z władzą wykonawczą³. Należy również zaznaczyć, iż wspomniana idea samorządności sędziów, jako konieczne dopełnienie zasady demokracji i zasady trójpodziału władzy, spotyka się z krytyką, którą najdobitniej wyraził F. Wittreck w fundamentalnej pracy naukowej pt. „Die Verwaltung der Dritten Gewalt”⁴ (pol. „Administrowanie trzecią władzą”), stwierdzając, iż **samorządność trzeciej władzy jest błędnym rozwiązaniem, które nie jest zgodne z niemieckim federalnym państwem konstytucyjnym**⁵.

RFN jest państwem federalnym, a UZ precyzuje zakres kompetencji Federacji i krajów związkowych. Zgodnie z art. 92 UZ **władza sądownicza powierzona jest sędziom, a sprawowana jest przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, przewidziane w UZ sądy federalne oraz sądy krajów związkowych**. W związku z art. 92 UZ wyróżnia się również sędziów sądów federalnych oraz sędziów krajów związkowych⁶. Ponadto system sądownictwa oparty jest na podziale na **sądy powszechne i sądy wyspecjalizowane: administracyjne, finansowe, pracy i spraw socjalnych, a także sądy konstytucyjne. Te ostatnie funkcjonują zarówno na poziomie federalnym, jak i krajowym**. Art. 95 ust. 1 UZ przewiduje, iż sądy najwyższe zostają powołane na poziomie federalnym i są nimi: Federalny Sąd Najwyższy (niem. *Bundesgerichtshof*, BGH), Federalny Sąd Administracyjny (niem. *Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG), Federalny Trybunał Finansowy (niem. *Bundesfinanzhof*, BFH), Federalny Sąd Pracy (niem. *Bundesarbeitsgericht*, BAG) i Federalny Sąd Socjalny (niem. *Bundessozialgericht*, BSG).

Sądownictwo zgodnie z art. 74 ust. 1 nr 1 UZ (postępowanie sądowe i ustrój sądów) oraz art. 74 ust. 1 nr 27 UZ (status prawny sędziego z wyłączeniem przebiegu kariery, wynagrodzenia i zaopatrzenia emerytalnego) **należy do tzw. kompetencji konkurujących Federacji i krajów związkowych, a więc może być przedmiotem regulacji zarówno w ustawach federalnych, jak i krajowych, przy czym Federacja posiada pierwszeństwo wykonania kompetencji ustawodawczej**. Art. 98 UZ odnosi się natomiast wprost do statusu sędziego

³ W. Nešković, *Sine spe ac metu, Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz*, Vortrag während der Tagung „Ökonomisierung der Rechtspflege – Risiken und Nebenwirkungen” der Evangelischen Akademie in Bad Boll vom 17.-19. November 2010, s. 1, 4, https://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/doku/520910-Ne_kovic.pdf (dostęp 16.07.2018); odmiennie B. Kramer, *Die Selbstverwaltung der Dritten Gewalt*, „Neue Juristische Woche” 2009, s. 3081 n.

⁴ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt*, Tybinga 2006, ss. 883.

⁵ Idem, s. 660, 661.

⁶ § 3 ustawy z 8 września 1961 r. o statusie sędziego [niem. *Deutsches Richtergesetz*, DRiG] w brzmieniu z 19 kwietnia 1972 r., BGBl. I, s. 713 z późn. zmianami: Sędzia pełni służbę na rzecz federacji lub kraju związkowego.

federalnego i krajowego. W poniższym opracowaniu przytoczone zostaną przede wszystkim przepisy ustaw federalnych, np. federalnej ustawy z 8 września 1961 r. o statusie sędziego, ale pamiętać należy, iż każdy kraj związkowy również posiada analogiczną ustawę, która niejako uzupełnia przepisy federalne.

Z pierwszeństwem kompetencji ustawodawczych Federacji w zakresie administrowania sądownictwem koresponduje kompetencja krajów związkowych do wykonania przedmiotowych ustaw wynikająca z zasady ogólnej zawartej w art. 30 UZ (wykonanie funkcji i zadań państwa przez kraje związkowe). Wykonanie ustaw federalnych podlega zgodnie z art. 84 ust. 3 i ust. 4 UZ nadzorowi ze strony Federacji⁷.

F. Wittreck podsumowuje obowiązujące przepisy kompetencyjne następująco: Sądy są tworzone i administrowane na podstawie ustaw federalnych przez kraje związkowe. W tym zakresie występuje rozwiązanie paralelne do administracji: przewaga Federacji w zakresie ustawodawstwa, a krajów związkowych w zakresie wykonania tychże ustaw⁸.

Odrębną pozycję posiada Federalny Trybunał Konstytucyjny (niem. *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, dalej jako FTK), który dzięki zaangażowaniu w latach 50. XX w. sędziów konstytucyjnych na rzecz zagwarantowania silnej pozycji ustrojowej FTK, określił swoją pozycję jako organ konstytucyjny równoważny w stosunku do konstytucyjnych organów władzy ustawodawczej i wykonawczej⁹. Art. 1 ust. 1 ustawy o FTK¹⁰ stanowi, iż **FTK jest samodzielnym i niezawisłym w stosunku do wszystkich pozostałych organów konstytucyjnych Trybunałem Federacji. Oznacza to, iż w przeciwieństwie to pozostałych sądów nie podlega żadnemu ministerstwu i dysponuje własnym budżetem, który podlega zatwierdzeniu przez parlament**¹¹.

Ciekawym zagadnieniem jest powoływanie sędziów sądów konstytucyjnych, które jest obecnie również żywo dyskutowane w RFN ze względu na powołanie przez parlament krajowy Badenii-Wirtembergii 14 czerwca 2018 r.

⁷ B. Kramer, *Die Selbstverwaltung der Dritten Gewalt...*s. 3082.

⁸ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 87.

⁹ Stanowisko to zostało wyrażone bardzo dobitnie przez sędziego FTK G. Leibholza w artykule z 1957 r. poświęconym pozycji ustrojowej FTK, idem, *Status-Denkschrift*, „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart” 1957, nr 6, s. 109; W.M. Góralski, *Miejsce Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w ustroju państwowym RFN*, w: W.M. Góralski, *Polska – Niemcy 1945-2009. Prawo i polityka*, Warszawa 2009, s. 96 i n.

¹⁰ Ustawa o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym [niem. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG] w brzmieniu obwieszczenia z 11 sierpnia 1993 r., BGBl. I, s. 1473.

¹¹ M. Balczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, Wrocław 2017, s. 108 nn.

po raz pierwszy kandydatki *AfD* S. Reger na sędzinę¹² Trybunału Konstytucyjnego tego kraju związkowego¹³. Zagadnienie to będzie jednakże przedmiotem osobnej analizy IZ. Przedmiotem analizy nie będą również przepisy odnoszące się do samego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN.

W niniejszej ekspertyzie dokonana zostanie analiza wybranych przepisów niemieckiego prawa federalnego oraz krajowego, odnoszących się do statusu sędziego w RFN, również w kontekście historycznoprawnym. Ponadto przedstawione zostaną propozycje zmian legislacyjnych, mających na celu realizację niezależności sędziowskiej, sformułowane przez związki sędziów niemieckich.

¹² W niemieckim języku prawniczym stosuje się konsekwentnie żeńskie formy nazw zawodów prawniczych, np. sędzina.

¹³ M. Hain, *Ausgrenzen oder integrieren? Verfassungsrichterwahlen mit oder gegen die AfD*, *VerfBlog*, 2018/7/09, <https://verfassungsblog.de/ausgrenzen-oder-integrieren-verfassungsrichterwahlen-mit-oder-gegen-die-afd/> (dostęp 18.07.2018).

1. Konstytucyjne zasady funkcjonowania sądownictwa w RFN

1.1. Zasada demokracji

Zgodnie z art. 20 ust. 2 UZ cała władza państwowa pochodzi od narodu i jest ona wykonywana przez naród w wyborach oraz głosowaniach, a także przez organy władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej. **W świetle art. 20 ust. 3 UZ władza sądownicza, podobnie jak wykonawcza, jest związana ustawą i prawem. Wskazane powyżej przepisy UZ zostały wymienione w art. 79 ust. 3 UZ, w tzw. klauzuli wieczystej, a więc są przepisami niezmiennymi, które nie mogą zostać uchylone w postępowaniu przewidzianym w art. 79 UZ¹⁴.** Jednocześnie przepisy podlegają wielowątkowej bardzo obszernej wykładni. W kontekście niezawisłości sędziowskiej istotny jest wynikający z art. 20 UZ **wymóg posiadania przez każdy organ sprawujący władzę państwową legitymacji demokratycznej do sprawowania swojej funkcji.** W tym kontekście mówi się o „nieprzerwanym łańcuchu legitymacji” (niem. *ununterbrochene Legitimationskette*), przy czym FTK podkreśla¹⁵, iż nie chodzi o jakąś szczególną formę legitymacji (instytucjonalną, funkcjonalną, przedmiotową lub osobową), ale o jej efektywność i poziom legitymacji, który wynika z ogólnej oceny wszystkich czynników¹⁶.

W przypadku władzy sądowniczej sytuacja jest o tyle skomplikowana, iż należałoby zdaniem F. Wittrecka osobno rozpatrywać legitymację demokratyczną w zakresie administrowania sądami oraz w zakresie orzekania. Jeśli chodzi o administrowanie sądami przez ministrów sprawiedliwości, legitymacja jest zachowana. Inaczej jest natomiast w przypadku sprawowania władzy w formie orzecznictwa przez sędziów. Wówczas legitymacja demokratyczna musi zostać o tyle zmodyfikowana, iż zazwyczaj jest ona powiązana z odpowiedzialnością wobec suwerena, która nie może być realizowana w taki sam sposób, jak w przypadku organów władzy ustawodawczej i wykonawczej ze względu właśnie na zasadę niezawisłości sędziowskiej¹⁷.

¹⁴ M. Bainszyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej...*, s. 168 n.

¹⁵ BVerfGE 47, 253 (275); BVerfGE 107, (87).

¹⁶ S. Huster, J. Rux, GG Art. 20 [Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht] w: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz*, Monachium 2018, wyd. 37, nb. 63; F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 116 n.

¹⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 125.

W doktrynie niemieckiej wskazuje się na istotny w tym zakresie **deficyt w systemie prawa niemieckiego, jeśli chodzi o legitymację demokratyczną władzy sądowniczej**. Jako remedium proponuje się m.in. **wzmocnienie legitymacji organizacyjno-personalnej poprzez zapewnienie decydującego wpływu na nominację sędziowską podmiotów posiadających wystarczającą legitymację demokratyczną**, przy czym sporne jest, jaką rolę powinien odgrywać w komisji ds. wyboru sędziów w rozumieniu art. 98 ust. 4 UZ organ władzy wykonawczej. Zagadnienie sposobu wyboru sędziów należy do najbardziej spornych kwestii, jeśli chodzi o dyskusję nad niezawisłością sędziowską w RFN. Zdaniem B. Grzeszicka legitymacja demokratyczna członków komisji ds. wyboru sędziów byłaby wystarczająca, gdyby jej członkowie reprezentujący środowisko sędziów lub adwokatów byli wybrani przez parlament, nie związani listami przedstawionymi przez te środowiska zawodowe. Dopuszczalny byłby również wybór sędziów FTK i prezesów sądów przez parlament. Niedopuszczalna byłaby natomiast kooptacja, a więc mianowanie sędziów przez samo środowisko sędziowskie. Ponadto wskazuje się na możliwość wzmocnienia legitymacji rzeczowej m.in. poprzez nadzór służbowy oraz dyscyplinarny nad sędziami¹⁸.

B. Wittreck uważa natomiast, iż wybór sędziów i decydowanie o ich awansie zawodowym przez organ wykonawczy – ministra sprawiedliwości, ministra innego resortu lub przez cały rząd nie budzi wątpliwości ani pod kątem legitymacji demokratycznej wybranego lub awansowanego w ten sposób sędziego, ani pod kątem realizowania jakichś partykularnych interesów, o ile jest to rzeczywiście decyzja podejmowana przez ministra, a nie przez departament personalny ministerstwa lub prezesów sądów¹⁹.

Kolejną istotną zasadą wynikającą z art. 20 ust. 2 UZ jest fundamentalna zasada konstytucyjna podziału władzy, organizująca działanie władzy państwowej, której podstawowym celem jest zapobieganie nadużyciu władzy państwowej czy to przez osobę, czy też przez organ władzy państwowej. Realizacja tego celu nie jest możliwa w przypadku zależności jednego organu władzy od innego organu władzy, a gwarancja niezawisłości sędziowskiej z art. 97 ust. 1 UZ jest więc bezpośrednią konsekwencją art. 20 ust. 2 zd. 2 UZ. **Jednocześnie w doktrynie niemieckiej wskazuje się, iż w każdym systemie ustrojowym rozwinęły się różnorodne powiązania pomiędzy organami władzy państwowej, które stoją na przeszkodzie konsekwentnemu rozdziałowi władzy**

¹⁸ B. Grzeszick, Art. 20 GG w: Th. Maunz, G. Dürig (red.), *Grundgesetz. Kommentar*, Monachium 2018, wyd. 82, nb. 238-243.

¹⁹ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 127 n.

państwowej. Można wręcz mówić o zasadzie powiązania organów władzy państwowej (niem. *Grundsatz der Gewaltenverschränkung*)²⁰.

1.2. Wyłączność sędziów i sądów w zakresie wykonywania władzy sędziowskiej

Przepisy dotyczące władzy sędziowskiej zostały ujęte w UZ w osobnym IX rozdziale zatytułowanym „Władza sędziowska”, obejmującym 14 przepisów – art. 92-104 UZ. Art. 92 stanowi, iż władza sędziowska została powierzona sędziom; jest ona wykonywana przez FTK, sądy federalne przewidziane w UZ i przez sądy krajów związkowych. Ch. Hillgruber wyróżnia trzy istotne aspekty regulacyjne tego przepisu. Po pierwsze, bezpośrednio nawiązuje on do ustanowionej w art. 20 ust. 2 zd. 2 UZ zasady podziału władzy – **sędziownictwo będzie wykonywane przez organy szczególne w stosunku do organów władzy ustawodawczej i wykonawczej, choć jak zaznacza ten autor, UZ nie wymaga, by rozdział pomiędzy sędziownictwem a administracją był zupełny. Dopuszczalne jest bowiem, by pewne funkcje administracyjne jako czynności dodatkowe były wykonywane przez sędziów.** Po drugie, osoby wykonujące władzę sędziowską muszą posiadać status sędziego. W związku z tym obywatele posiadają prawa podmiotowe z art. 101 ust. 1 zd. 2 UZ do rozstrzygnięcia ich sprawy przez sędziego przewidzianego przez ustawę. Po trzecie, art. 92 UZ określa kompetencję Federacji i krajów związkowych do wykonywania tej władzy, **powierzając sędziownictwo zasadniczo krajom związkowym, a Federacji tylko w zakresie sądów federalnych przewidzianych w UZ**²¹.

1.3. Niezawisłość sędziowska

Art. 97 UZ

(1) Sędziowie są niezawisli i podlegają tylko ustawie.

(2) Sędziowie zatrudnieni ostatecznie, w pełnym zakresie i zgodnie z planem mogą wbrew swojej woli tylko z powodów i w formach przewidzianych w ustawie zostać zwolnieni z urzędu, albo czasowo lub trwale zostać pozbawieni urzędu, albo zostać przeniesieni na inne stanowisko albo w stan spoczynku. W ustawodawstwie może zostać określona granica wieku, po osiągnięciu której sędziowie zatrudnieni dożywotnio przechodzą w stan spoczynku. W przypadku zmiany organizacji sądów

²⁰ B. Grzeszick, Art. 20 GG w: Th. Maunz, G. Dürig (red.), *Grundgesetz. Kommentar...*, wyd. 82, nb. 32, 34.

²¹ Ch. Hillgruber, Art. 92 GG w: Th. Maunz, G. Dürig (red.), *Grundgesetz. Kommentar...*, wyd. 82, nb. 12-15.

lub ich okręgów, sędziowie mogą zostać przeniesieni do innego sądu albo usunięci z urzędu, jednakże zachowują pełne wynagrodzenie.

Przepisem odnoszącym się bezpośrednio do niezawisłości sędziowskiej jest obszerny art. 97 UZ, zawierający bardzo szczegółowe rozwiązania normatywne, który jest najważniejszym elementem szczególnego statusu prawnego sędziego (por. art. 98 UZ) oraz stanowi niezbędną korelat wyłącznej podległości władzy sędziowskiej ustawie. Przepis ten chroni sądownictwo przed wpływem osób trzecich i **wraz z wyłączością sędziów w zakresie sprawowania władzy sądowniczej z art. 92 UZ tworzy instytucjonalny trzon zasady państwa prawa**²². Ch. Hillgruber zauważa, iż co prawda **niezawisłość sędziowska jako taka przysługuje osobie sprawującej urząd, ale nie stanowi ani prawa osobistego, ani przywileju powiązanego ze stanem sędziowskim, lecz jest gwarancją koniecznej, ale powiązanej funkcjonalnie swobody, która ma na celu poprawne z punktu widzenia państwa prawa wypełnienie funkcji sędziowskiej. W tym sensie szczególny status sędziego ani nie jest celem samym w sobie, ani stanem posiadania, lecz służy interesowi dobra ogólnego, polegającemu na wykonywaniu w sposób bezstronny władzy sądowniczej**²³.

Art. 97 UZ co prawda odnosi się *expressis verbis* do niezawisłości sędziów, ale zasada niezawisłości sędziowskiej dotyczy również niezawisłości sądów jako takich, dopiero bowiem specyficzne połączenie komponentu organizacyjnego, jak i osobowego tworzy niezawisłą w rozumieniu UZ władzę sądowniczą. Zgodnie z art. 1 ustawy z 27 stycznia 1877 r. o ustroju sądów²⁴ władza sądownicza jest sprawowana przez niezawisłe, podległe jedynie ustawie sądy. Art. 1 ustawy o ustroju sądów administracyjnych²⁵ stanowi, iż sądownictwo administracyjne jest sprawowane przez niezawisłe, odrębne od organów administracji, sądy. Należy zagwarantować ich niezależność pod względem organizacyjnym, funkcjonalnym i osobowym, przy czym pod względem organizacyjnym trzeba

²² G. Morgenthaler, GG Art. 97 [Unabhängigkeit der Richter] w: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, wyd. 37, wprowadzenie.

²³ Ch. Hillgruber, Art. 97 GG w: Th. Maunz, G. Dürig (red.), *Grundgesetz. Kommentar...*, wyd. 82, nb. 4; podobnie H. Sendler, *Unabhängigkeit als Mythos?* „Neue Juristische Woche” 1995, s. 2464; E. Schmidt, *Politische Betätigung von Richtern – Ein Beitrag zur Unabhängigkeit der Richter – am Beispiel des § 4 DRiG*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2008, s. 245.

²⁴ niem. *Gerichtsverfassungsordnung* (GVG) w brzmieniu z 9 maja 1975 r., BGBl. I, s. 1077 z późn. zmianami.

²⁵ niem. *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) w brzmieniu z 18 marca 1991 r., BGBl. I, s. 686 z późn. zmianami.

zapewnić ścisły rozdział, który wyklucza powszechne w ramach hierarchii organów władzy wykonawczej możliwości sterowania organami sądownictwa²⁶.

1.3.1. Aspekt rzeczowy niezawisłości sędziowskiej

Podobnie jak w polskim prawie konstytucyjnym, w niemieckim prawie konstytucyjnym wyróżnia się aspekt rzeczowy i osobowy niezawisłości sędziowskiej. **Aspekt rzeczowy oznacza wolność sędziego od jakichkolwiek wpływów bezpośrednich bądź pośrednich wywieranych przez inne organy lub jednostki organizacyjne władzy państwowej, w tym również wewnątrz samego sądu na przebieg postępowań sądowych**²⁷. Gwarancja art. 97 ust. 1 zostaje skonkretyzowana w § 4 ust. 1 ustawy o statusie sędziego, zgodnie z którym **sędzia nie może wykonywać jednocześnie zadań władzy sądowniczej, ustawodawczej i wykonawczej**. Przy czym w § 4 ust. 2 przedmiotowej ustawy wymienione są **wyjątki** od ogólnego zakazu z § 4 ust. 1 ustawy, do których należą: **1) zadania administrowania sądem, 2) inne zadania powierzone sądom lub sędziom na podstawie ustawy, 3) zadanie badawcze i dydaktyczne, 4) sprawy egzaminacyjne, 5) przewodniczenie w komisjach rozjemczych pomiędzy organem zatrudniającym a organem przedstawicielskim**. Przez pojęcie administracji sądowej z § 4 ust. 2 nr 1 ustawy rozumie się sprawy związane ze zwykłym funkcjonowaniem sądu, a więc sprawy osobowe, łącznie z nadzorem służbowym, kształcenie referentów i personelu sądowego, ale także **przygotowywanie opinii dla ministerstw w sprawie projektów ustaw**, pomoc prawną w obrocie z zagranicą oraz krajową pomoc prawną, zamówienia publiczne, łącznie z inwestycjami budowlanymi. W komentarzach zwraca się jednak uwagę na fakt, iż § 4 ust. 2 ustawy o statusie sędziego należy interpretować jako wyjątek od ogólnego zakazu z § 4 ust. 1 ustawy w sposób wąski. Również zadania z zakresu administracji przekazane na podstawie ustawy – § 4 ust. 2 pkt 2 ustawy o statusie sędziego – muszą mieć związek ze zwykłym funkcjonowaniem sądu²⁸. Ponadto niezawisłości sędziowskiej został poświęcony cały rozdział 4 ustawy o statusie sędziego, a rozpoczynający go § 25 powtarza treść art. 97 ust. 1 UZ, stanowiąc, iż sędzia jest niezwisły i podlega wyłącznie ustawie.

²⁶ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II: *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, Monachium 1980, § 43 II 4b.

²⁷ E. Schmidt-Aßmann, W. Schenk, *Einleitung*, w: F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Bd. I: *Kommentar*, Monachium 2017, wyd. 33, nb. 40.

²⁸ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz*, Baden-Baden 2012, DRiG § 4 Unvereinbare Aufgaben, nb. 13.

Niezgodny z UZ jest wpływ na działalność orzeczniczą nie tylko władzy ustawodawczej i wykonawczej, ale także osób trzecich. E. Schmidt-Aßmann i W. Schenk stosują w tym kontekście pojęcie zachowania „**niezbędnego dystansu**” przez sędziego, gwarantowanego także przez przepisy ustawy o statusie sędziego, wspomniany § 4, a także § 39 przedmiotowej ustawy, **zgodnie z którym sędzia w ramach swojego urzędu i poza nim, także w zakresie działalności politycznej, powinien się zachowywać w taki sposób, by nie zostało naruszone zaufanie do jego niezawisłości**²⁹.

1.3.2. Aspekt osobowy niezawisłości sędziowskiej

Art. 97 ust. 2 UZ gwarantuje **niezawisłość osobową sędziego poprzez jego zasadniczą nieodwoływalność i nieprzenoszalność, a więc stabilność sprawowania urzędu sędziowskiego**. Sędzia zasadniczo bez swojej woli nie może zostać odwołany, czasowo lub trwale pozbawiony urzędu, przeniesiony na inny urząd sędziowski lub w stan spoczynku. Ponieważ prawo niemieckie przewiduje różne kategorie sędziów, art. 97 ust. 2 UZ precyzuje krąg adresatów gwarancji osobowej niezawisłości sędziowskiej. Powyższe gwarancje nie odnoszą się do sędziów honorowych (§ 1 ustawy o statusie sędziego) oraz sędziów, którzy sprawują urząd jako działalność dodatkową (§ 16 ustawy o statusie sędziego), sędziów na próbę (§ 12 ustawy o statusie sędziego) i sędziów na zlecenie (§ 14 ustawy o statusie sędziego). Powyższym grupom sędziów należy zapewnić jednak minimum niezawisłości osobowej, tak by zachowali niezawisłość rzeczową³⁰.

1.3.2.1. Przejście w stan spoczynku po osiągnięciu wieku emerytalnego

Art. 97 ust. 2 zd. 2 GG przewiduje, iż ustawodawca może określić granicę wieku, po przekroczeniu której sędzia przechodzi w stan spoczynku. **Art. 97 ust. 2 UZ zakazuje jednak wprowadzania przepisów naruszających niezawisłość osobistą sędziego, m.in. przepisów, które z mocą wsteczną skracająby czas sprawowania urzędu przez sędziego**³¹.

Ustawa o statusie sędziego zawiera szczegółowe regulacje dotyczące przechodzenia w stan spoczynku. Zgodnie z § 48 ust. 1 ustawy o statusie sędziego sędzia federalny przechodzi w stan spoczynku po osiągnięciu ustawowej granicy

²⁹ E. Schmidt-Aßmann, W. Schenk, *Einleitung*, w: F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, wyd. 33, nb. 43.

³⁰ G. Morgenthaler, GG Art. 97 [Unabhängigkeit der Richter] w: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, wyd. 37, nb. 17-20.

³¹ Ch. Hillgruber, Art. 97 GG w: Th. Maunz, G. Dürig (red.), *Grundgesetz. Kommentar...*, wyd. 82, nb. 104, 108.

wieku, która wynosi zasadniczo 67 lat. Na wniosek sędziego federalnego może on zostać przeniesiony w stan spoczynku po ukończeniu 63. roku życia. § 48 ust. 2 ustawy o statusie sędziego stanowi, iż przejście w stan spoczynku nie może zostać przesunięte, ale przepis ten odnosi się do działań administracyjnych, a nie legislacyjnych. Zmiana granicy wieku nastąpiła w 2009 r. i została podwyższona z 65. na 67. rok życia ustawą z 5 maja 2009 r. (BGBl. I, s. 160), która weszła w życie 12 lutego 2009 r. Obecnie obowiązujący § 48 ust. 3 ustawy zawiera przepisy przejściowe odnoszące się do podwyższenia wieku emerytalnego, a mające na celu ograniczenie „ryzyka konstytucyjnoprawnego”, choć jak zauważa autor komentarza do tego przepisu, w stosunku do sędziów federalnych częściowo anulowano szczególną regulację odnoszącą się do granicy wieku, która na podstawie ustawy z 12 grudnia 1985 r. (BGBl. I, s. 2226) została określona na 68. rok życia. Ta ostatnia granica wieku została zachowana dla sędziów FTK – § 4 ust. 3 ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym³².

§ 48 ust. 3 ustawy o statusie sędziego stanowi, iż sędziowie federalni mianowani dożywotnio, którzy urodzili się przed 1 stycznia 1947 r., osiągną normatywną granicę wieku z chwilą ukończenia 65. roku życia. Dla sędziów federalnych mianowanych dożywotnio, którzy urodzili się po 31 grudnia 1946 r., normatywna granica wieku będzie podnoszona w następujący sposób:

Rok urodzenia	Podwyższenie w miesiącach	Granica wieku	
		rok	miesiąc
1947	1	65	1
1948	2	65	2
1949	3	65	3
1950	4	65	4
1951	5	65	5
1952	6	65	6
1953	7	65	7
1954	8	65	8
1955	9	65	9
1956	10	65	10
1957	11	65	11
1958	12	66	0
1959	14	66	2

³² J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 48 Eintritt in den Ruhestand, nb. 1-5.

Rok urodzenia	Podwyższenie w miesiącach	Granica wieku	
		rok	miesiąc
1960	16	66	4
1961	18	66	6
1962	20	66	8
1963	22	66	10

Jeśli chodzi o sędziów sądów krajowych, to § 76 ustawy o statusie sędziego stanowi, iż sędziowie powołani dożywotnio przechodzą w stan spoczynku po osiągnięciu normatywnej granicy wieku. W ustawie mogą zostać określone szczególne granice wieku, po dojściu do których sędzia może zostać przeniesiony w stan spoczynku na swój wniosek. **Przepis powyższy daje krajom związkowym dużą swobodę w ustaleniu wspomnianej granicy wieku.** Autor komentarza zauważa jednak, iż kraje związkowe powinny przestrzegać konstytucyjnego nakazu poszanowania niezawisłości sędziowskiej, co m.in. oznacza, iż w przypadku sędziów już pełniących swoją funkcję granica wieku może zostać podniesiona lub obniżona w sposób generalny określony w ustawie. Z uwagi na ochronę zaufania do prawa należałoby jednak stosować odpowiednie przepisy przejściowe. Drastyczne zmiany granicy wieku mogą naruszać prawo unijne z powodu dyskryminacji ze względu na wiek, co podnosiła Komisja Europejska w 2011 r. w stosunku do Węgier, gdzie poprzez zmianę przepisów konstytucyjnych obniżono granicę wieku z 70 do 62 lat³³.

1.3.2.2. Przykładowe rozwiązania prawa krajów związkowych w zakresie przechodzenia sędziego w stan spoczynku po osiągnięciu granicy wieku

Ustawa Bawarii o statusie sędziego i prokuratora z dnia 22 marca 2018 r.³⁴

§ 7 Przejście w stan spoczynku

(1) Sędziowie i sędziny mianowani dożywotnio wstępują w stan spoczynku z końcem miesiąca, w którym ukończyli 67. rok życia. Przejście w stan spoczynku nie może zostać przesunięte w czasie.

(2) Sędzia lub sędzina mianowany/a dożywotnio może zostać przeniesiony/a na wniosek w stan spoczynku bez konieczności udowadniania niezdolności do pracy, kiedy:

1. ukończył lub ukończyła 64. rok życia.

³³ J.E Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 76 Altersgrenzen, nb. 2.

³⁴ niem. *Bayerisches Richter- und Staatsanwaltsgesetz (BayRiStAG)*, GVBl. 2018, Haftnummer 5, s. 118.

2. jest poważnie niepełnosprawny/a w rozumieniu § 2 ust. 2 dziewiątej księgi kodeksu socjalnego (SGB IX) i ukończył/a co najmniej 60. rok życia.

Ustawa Szleszwika-Holsztynu o statusie sędziego w brzmieniu z 23 stycznia 1992 r.³⁵

§ 3 Stan spoczynku z powodu osiągnięcia granicy wieku

(1) Sędziny i sędziowie mianowani dożywotnio albo na czas określony przechodzą w stan spoczynku z końcem miesiąca, w którym ukończyli 67. rok życia (granica wieku).

(2) Sędziny i sędziowie mianowani dożywotnio albo na czas określony, którzy urodzili się przed 1 stycznia 1947 r., osiągają normatywną granicę wieku z ukończeniem 65. roku życia. Dla sędzin i sędziów mianowanych dożywotnio, którzy urodzili się po 31 grudnia 1946 r., normatywna granica wieku będzie podnoszona następująco:

Rok urodzenia	Podniesienie w miesiącach	Granica wieku	
		rok	miesiąc
1947	1	65	1
1948	2	65	2
1949	3	65	3
1950	4	65	4
1951	5	65	5
1952	6	65	6
1953	7	65	7
1954	8	65	8
1955	9	65	9
1956	10	65	10
1957	11	65	11
1958	12	66	0
1959	14	66	2
1960	16	66	4
1961	18	66	6
1962	20	66	8
1963	22	66	10

³⁵ niem. *Schleswig-Holsteinisches Richtergesetz*.

(3) Najwyższy organ służbowy na wniosek sędziny lub sędziego mianowanego dożywotnio lub na czas określony, którzy przynależą do grupy osób określonej w ust. 2, przesuwa przejście w stan spoczynku o co najmniej sześć miesięcy, a najdalej do upływu miesiąca, w którym ukończyli 67. rok życia. Wniosek należy wnieść najpóźniej w ciągu sześciu miesięcy przed osiągnięciem granicy wieku. Sędziny i sędziowie, którzy osiągną tę granicę wieku w ciągu sześciu miesięcy po 1 stycznia 2014 r., powinni wnieść wniosek niezwłocznie. Dla wniosków o ponowne przesunięcie przejścia [w stan spoczynku – uwaga M.B.] aż do osiągnięcia jego maksymalnej długości zgodnie ze zd. 1 obowiązuje zd. 1 i 2.

(4) (...).

1.3.3. Działalność polityczna sędziów niemieckich

Zgodnie z § 39 federalnej ustawy o statusie sędziego, sędzia w ramach sprawowania swojego urzędu i poza nim, również w działalności politycznej, powinien zachowywać się w ten sposób, by nie naruszyć zaufania do swojej niezawisłości. Treść tego przepisu jest zaskakująca, gdyż łączy ze sobą dwa elementy uważane za sprzeczne w innych systemach prawnych, tj. działalność polityczną i niezawisłość sędziowską. W RFN natomiast jest to bezdyskusyjne, iż sędzia może brać udział w życiu politycznym, przynależać do partii politycznych i zajmować eksponowane stanowiska polityczne. Wspomniana w przepisie granica pomiędzy działalnością polityczną a zaufaniem do niezawisłości sędziowskiej jest natomiast trudna do wyznaczenia. W orzecnictwie rozstrzygnięto do tej pory tylko kilka bardzo szczególnych przypadków i brak jest jasnej linii orzeczniczej w tym zakresie. Za niedopuszczalne uznaje się m.in. branie udziału przez sędziego w nielegalnych blokadach, nadużywanie wizerunku sędziego np. poprzez występowanie w zdarzeniach politycznych w todzie, prowadzenie dyskusji na bieżące tematy polityczne, w których sędzia używa swojego autorytetu wynikającego ze sprawowania urzędu³⁶. Co prawda przedstawiciele środowiska sędziowskiego sami zauważają, iż wolność światopoglądu, stowarzyszania się czy słowa przysługująca osobie fizycznej w przypadku sędziego znajduje się w relacji napięcia do wymogów związanych ze sprawowanym przez niego urzędem. W tej relacji to niezawisłość sędziowska jako najważniejszy punkt odniesienia powinna być rozumiana jako władcze zobowiązanie, a nie osobisty przywilej, a dążenie do samorozwoju powinno ustąpić przed powagą urzędu sędziowskiego³⁷.

³⁶ J.E Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 39 Wahrung der Unabhängigkeit, nb. 12.

³⁷ E. Schmidt-Jortzig, *Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat*, „Neue Juristische Woche” 1991, s. 2382.

Praktyka dowodzi, iż wyznaczenie *equilibrium* jest niesłychanie trudne. E. Kreth, członkini zarządu DRB, wskazuje, iż obecnie obowiązujące rozwiązania były przedmiotem sporu od początku funkcjonowania republiki bońskiej. Z jednej strony T. Dehler, członek *FDP* i federalny minister sprawiedliwości do 1949 r., do 1953 r. prezentował pogląd, iż w celu zagwarantowania rzeczywistej niezawisłości, „sędziowie muszą zostać wyłączeni z powiązań i wpływów współczesnego sporu ideowego”, a „konieczna abstynencja polityczna jako widoczna ofiara stanu sędziowskiego przyczyni się do wzrostu jego poważania i autorytetu”. Natomiast G. A. Zins z *SPD*, minister, a następnie premier Hesji, twierdził, iż „bezbarwnego urzędnika sądowego musi zastąpić sędzia, który wyposażony w tożsamość niezawisłości sędziowskiej będzie zagorzałym reprezentantem nowej demokratycznej i socjalnej wspólnoty. Tylko sędzia, który sam jest demokratą i w demokratyczny sposób z narodu i przez naród zostanie powołany na ten urząd, może wypełnić życiem ustawodawstwo demokratyczne”³⁸. **Odpolitycznienie stanu sędziowskiego nie wydawało się stosownym środkiem, by zakorzenić wymiar sprawiedliwości w demokracji, a neutralność polityczna nie była jej koniecznym korelatem. Wybrany został model sędziego politycznie zaangażowanego. Biorąc pod uwagę funkcjonowanie RFN, pojawiają się co najmniej dwa pytania. Po pierwsze, czy przyjęcie modelu sędziego politycznie zaangażowanego było uzasadnione wobec braku rozliczenia całego wymiaru sprawiedliwości po II wojnie światowej i powszechnej kontynuacji karier osób zatrudnionych w wymiarze sprawiedliwości przed 1945 r.³⁹ i co było rzeczywistym źródłem entuzjastycznego wsparcia dla nowego demokratycznego porządku przez sędziów – ich przekonania czy raczej oportunizm? Po drugie, czy nadal aktualne jest *ratio decidendi*, przyjęte w pionierskim okresie początków RFN? Niezaprzeczalnie, pomimo istniejących wątpliwości, model politycznie zaangażowanego sędziego jest modelem na dobre utrwalonym w świadomości niemieckiego środowiska sędziowskiego. Jak zauważa A. Tietz, członkini prezydium DRB, obecnie dyrektor sądu rejonowego w Wohlfartshausen: „Dla nas jest zupełnie oczywiste, że sędziowie posiadają aktywne i bierne prawo wyborcze, że mogą nie tylko posiadać poglądy polityczne, ale mogą je również wyrażać publicznie oraz mogą angażować się w partie i stowarzyszenia, o ile te opierają się na porządku wolnościowo-demokratycznym. W innych państwach (...) jest inaczej. Rozmawiając**

³⁸ Za E. Kreth, *Ethischer Anspruch an den Richterberuf im 21. Jahrhundert Wahrnehmung von Innen und Außen*, s. 2 n., http://www.drb.de/fileadmin/pdf/Ethik/090507_Ethik_Rede_Kreth.pdf (dostęp 18.07.2018).

³⁹ Patrz. pkt 3. Antecedencje historyczno-prawne.

z kolegami z Kanady, są oni częściowo bardzo zdziwieni, kiedy przedstawia się im ten pogląd. Dla nich częścią obrazu niezawisłego sędziego jest pełna polityczna – nie tylko partynopolityczna – neutralność. Dla nas i dla naszej kultury prawnej w Niemczech oczywiste jest tego przeciwieństwo, ponieważ u nas zwyciężyła koncepcja, iż tylko sędzia, który pod każdym względem znajduje się WEWNĄTRZ [wyróżnienie w oryginale] społeczeństwa, posiada konieczne ‘zaczeplenie’, by decydować o sytuacjach w tym społeczeństwie”⁴⁰.

W kontekście § 39 federalnej ustawy o statusie sędziego nie dziwi wykładnia § 4 ust. 1 ustawy federalnej o statusie sędziego, który stanowi co prawda, iż sędzia nie może sprawować jednocześnie władzy sędziowskiej i władzy wykonawczej, ale w praktyce, przy akceptacji części doktryny prawa i przy niejasnym w tym zakresie stanowisku orzecznictwa, zezwała się sędziom na ich bierny udział w wyborach komunalnych, a następnie łączenie urzędu sędziego ze sprawowaniem władzy w organach samorządu terytorialnego⁴¹. Dopuszczalność łączenia sprawowania władzy sędziowskiej z mandatem reprezentanta społeczności lokalnej jest uzasadniana tym, iż sędzia w takim wypadku nie sprawuje władzy wykonawczej, a przede wszystkim uczestniczy w stanowieniu prawa⁴². Powyższe rozwiązania budzą wątpliwości i to bardzo często u samych sędziów. Prezes sądu administracyjnego E. Schmidt stwierdza, iż tego typu działalności nie da się pogodzić z wyraźnym brzemieniem § 4 ust. 1 przedmiotowej ustawy, zwłaszcza jeśli chodzi o sędziów sądów administracyjnych, którzy wydają orzeczenia dotyczące aktów wydawanych przez organy samorządu komunalnego⁴³.

1.3.3.1. Przykłady politycznego zaangażowania sędziów niemieckich

Przykładem braku konsekwentnego rozdziału władzy jest kariera obecnej federalnej minister sprawiedliwości i ochrony konsumentów K. Barley. Po ukończeniu studiów prawnych oraz uzyskaniu stopnia doktora nauk prawnych z zakresu prawa konstytucyjnego K. Barley pracowała jako adwokat w dużej firmie prawniczej, następnie w latach 1999-2008 w Służbie Naukowej Landtagu Nadrenii-Palatynatu. W tym okresie oddelegowana została jako asystent

⁴⁰ A. Tietz, *Richterliche Ethik – Voraussetzung echter Unabhängigkeit oder Luxus?* s. 3, http://www.dr.de/fileadmin/pdf/Ethik/091109_Ethik_Vortrag_Titz.pdf (dostęp 18.07.2018).

⁴¹ E. Schmidt-Jortzig, *Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat...*, s. 2377.

⁴² J.E. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 4 Unvereinbare Aufgaben, nb. 8.

⁴³ E. Schmidt, *Politische Betätigung von Richtern – Ein Beitrag zur Unabhängigkeit der Richter – am Beispiel des § 4 DRiG...*, s. 244 n.

naukowy do FTK, a także sprawowała urząd sędziego w sądzie rejonowym w Wittlich oraz sądzie krajowym w Trewirze. Od 2005 r. K. Barley zajmowała stanowiska w samorządzie terytorialnym i była członkiem zarządu okręgu Trier-Saarburg. W 2008 r. została referentką w Ministerstwie Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów kraju Nadrenia-Palatynat. Jednocześnie od 1994 r. K. Barley jest członkiem *SPD*, od 2013 r. jako posłanka *SPD* zasiada w Bundestagu. W latach 2015-2017 była sekretarzem generalnym *SPD*, do momentu kiedy została mianowana ministrem federalnym ds. rodziny, seniorów, kobiet młodzieży⁴⁴. K. Barley nie tylko łączyła sprawowanie urzędu sędziego z aktywną działalnością polityczną, także poprzez aktywny udział w samorządzie terytorialnym, ale musiała również odznaczyć się w sposób szczególny w zakresie swojej działalności orzeczniczej. W Polsce zdecydowanie awans zawodowy pomiędzy sądem rejonowym a sądem okręgowym nie przebiega tak szybko.

Kolejnym interesującym przypadkiem jest kariera zawodowa J. Maiera. Od 1991 r. był referentem w ministerstwie w Saksonii, od kwietnia 1992 r. prokuratorem w Dreźnie, a głównym przedmiotem jego zainteresowania była bezprawna działalność Socjalistycznej Partii Jedności NRD. Od 1997 r. J. Maier jest sędzią w sądzie krajowym w Dreźnie. Od 2013 r. jest członkiem *AfD*, w ramach partii pełni funkcję w partyjnym krajowym sądzie polubownym. Od 2017 r. jest posłem do Bundestagu⁴⁵. Od momentu objęcia mandatu parlamentarnego przeszedł w stan spoczynku. W swojej działalności politycznej uchodzi za jednego z najbardziej radykalnych posłów *AfD*, postuluje m.in. koniec „kultu winy” budowanego wokół holokaustu i przestrzega przed tworzeniem „mieszanych narodów”⁴⁶. J. Maier użył określenia „półmurzyn” (niem. *Halbneger*), a prokuratura prowadzi przeciwko niemu postępowanie, po uchyleniu immunitetu przez Bundestag⁴⁷.

⁴⁴ Na podstawie życiorysu K. Barley dostępnego na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości RFN, https://www.bmjust.de/DE/Ministerium/Ministerin/Minister_node.html;jsessionid=1906FE-68619E098291A6091262D1334D1_cid334 (dostęp 17.07.2018), a także życiorysu na prywatnej stronie K. Barley, <https://katarina-barley.de/person-2/> (dostęp 17.07.2018).

⁴⁵ Na podstawie życiorysu J. Maiera na stronie Bundestagu, <https://www.bundestag.de/abgeordnete/biografien/M/-/521808> (dostęp 19.07.2018).

⁴⁶ A. Siemens, *Mit harter Hand*, Spiegel-Online, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-sohn-erhebt-schwere-vorwurfe-gegen-jens-maier-a-1201531.html> (dostęp 19.07.2018).

⁴⁷ *Staatsanwaltschaft ermittelt gegen AfD-Abgeordneten*, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/staatsanwaltschaft-ermittelt-gegen-afd-abgeordneten-15447845.html> (dostęp 19.07.2018).

1.4. Powoływanie sędziów sądów federalnych i krajowych

Ze wspomnianymi powyżej przepisami konstytucyjnymi, stanowiącymi o podziale władzy oraz gwarantującymi niezawisłość sędziowską, w opinii części doktryny, a zwłaszcza środowisk sędziowskich w RFN⁴⁸ nie korespondują w pełni przepisy UZ odnoszące się do procedury powoływania sędziów federalnych i sędziów krajowych, przyznające istotną rolę w tym zakresie federalnym i krajowym ministrom sprawiedliwości. Poniżej prezentowane rozwiązania mogą budzić pewne wątpliwości również w kontekście dozwolonej w świetle prawa niemieckiego działalności politycznej sędziów. W 1995 r. ówczesny Prezes Federalnego Sądu Administracyjnego H. Sandler stawiał retoryczne pytanie: „**Jak wielu sędziów najwyższych sądów federalnych, posiadających legitymację partyjną, którzy w świetle ostatnich publikacji zajmują ponad połowę stanowisk sędziowskich w tych sądach, przystąpiło do partii ze względu na swoje rzeczywiste przekonania, a nie z czystego oportunistu?**”⁴⁹

F. Wittreck rozróżnia następujące modele powoływania sędziów w RFN: 1) model biurokratyczny – powołanie sędziów przez organ władzy wykonawczej; 2) wybór przez komisję ds. wyboru sędziów; 3) wybór przez parlament lub jego komisje – stosowany jest w odniesieniu do najwyższych stanowisk sędziowskich, sędziów federalnego i krajowych sądów konstytucyjnych, a także stanowisk prezesa sądów w pojedynczych wyższych sądach krajowych. Należy przy tym zaznaczyć, iż wspomniany powyżej autor nie tylko nie kwestionuje konstytucyjności wyboru sędziego przez organ władzy wykonawczej, ale wręcz stwierdza, iż z punktu prawnopolitycznego ten sposób wyboru powinien być preferowany⁵⁰.

1.4.1. Powołanie sędziego sądu federalnego

Art. 95 UZ

(2) O powołaniu na sędziego tych sądów [federalnych – uwaga M.B.] decyduje minister właściwy dla danej dziedziny wspólnie z komisją ds. wyboru sędziów, składającą się z ministrów krajów związkowych właściwych dla danej dziedziny oraz z równej liczby członków, którzy zostali wybrani przez Bundestag.

⁴⁸ Por. pkt. 4. Propozycje reformy sądownictwa w RFN.

⁴⁹ H. Sandler, *Unabhängigkeit als Mythos?...*, s. 2467.

⁵⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 126 n.

Powołanie sędziego następuje poprzez współdziałanie władzy wykonawczej z władzą ustawodawczą, właściwy dla danej dziedziny minister federalny podejmuje decyzję wspólnie z komisją wybraną. Powołanie oznacza decyzję, kto powinien zostać mianowany na sędziego. Mianowania dokonuje prezydent zgodnie z art. 60 ust. 1 UZ. Szczegóły całego postępowania precyzuje ustawa z 25 sierpnia 1950 r. o wyborze sędziego⁵¹. Właściwym ministrem w rozumieniu art. 95 ust. 2 UZ jest albo federalny minister sprawiedliwości dla FSN, FSA i FTF oraz federalny minister pracy i spraw socjalnych dla wyboru sędziów do FSP i FSS. Natomiast prawo krajowe każdego kraju związkowego określa, jaki minister wchodzi w skład komisji ds. wyboru sędziego federalnego. Członkowie tejże komisji wybierani przez Bundestag nie muszą być ani posłami, ani prawnikami. Natomiast w świetle § 4 ust. 1 ustawy o wyborze sędziego muszą posiadać bierne prawo wyborcze do Bundestagu oraz posiadać doświadczenie w zakresie „życia prawnego” (niem. *Rechtsleben*). Kandydatów na stanowisko sędziego zgodnie z § 10 ust. 1 RiWG może proponować zarówno właściwy minister federalny, jak i każdy członek komisji. Wybór następuje w głosowaniu tajnym zwykłą większością głosów. Powołanie nie dochodzi do skutku, jeśli żaden z kandydatów nie uzyskał większości głosów lub jeśli wybór nie uzyskał akceptacji federalnego ministra sprawiedliwości. W takiej sytuacji podmioty biorące udział w wyborze muszą zawrzeć kompromis (niem. *Einigungszwang*). Co prawda, zarówno komisji, jak i federalnemu ministrowi sprawiedliwości przysługuje swobodne uznanie w zakresie powołania na urząd sędziego, ale są oni związani zasadą najlepszego wyboru z art. 33 ust. 2 UZ. Decyzja federalnego ministra sprawiedliwości o powołaniu jest kwalifikowana jako wielostopniowy akt administracyjny w rozumieniu § 35 ust. 1 ustawy o postępowaniu administracyjnym⁵² i podlega kontroli sądowno-administracyjnej poprzez wniesienie skargi uchylającej na podstawie § 42 ust. 1 ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁵³. W praktyce taka kontrola jest utrudniona, gdyż głosowanie jest tajne i brak jest uzasadnienia.

Po powołaniu kandydata na sędziego, prezydent musi dokonać jego mianowania. Odmowa mianowania kandydata powołanego przez komisję ds. wyboru jest możliwa tylko w przypadku, gdy powołanie odbyło się niezgodnie z prawem⁵⁴.

⁵¹ niem. *Richterwahlgesetz* (RiWG), 1950, BGBl. I, s. 368 z późn. zmianami.

⁵² *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VerwVerfG) w brzmieniu obwieszczenia z 23 stycznia 2003 r., BGBl. I., s. 102.

⁵³ *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) w brzmieniu obwieszczenia z 19 marca 1991 r., BGBl. I, s. 686.

⁵⁴ G. Morgenthaler, GG Art. 95 [Oberste Gerichtshöfe des Bundes; Gemeinsamer Senat] w: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, wyd. 37, nb. 6-12.

Przykładowo wyboru sędziów Federalnego Sądu Administracyjnego dokonuje komisja ds. wyboru sędziego (niem. *Richterwahlausschuss*), złożona z ministrów krajowych odpowiedzialnych za sądownictwo administracyjne oraz w równej liczbie z członków wybranych przez Bundestag. Przewodniczącym komisji jest federalny minister sprawiedliwości i ochrony konsumenta. Przewodniczący oraz każdy członek komisji jest uprawniony do zgłoszenia kandydatów. W odniesieniu do każdej propozycji opinię wydaje rada prezydialna Federalnego Sądu Administracyjnego, jednakże komisja nie jest związana tą opinią. Komisja dokonuje wyboru sędziego zwykłą większością głosów. Po wyrażeniu zgody przez federalnego ministra sprawiedliwości, wybrany kandydat jest mianowany przez prezydenta RFN⁵⁵.

1.4.2. Powołanie sędziego sądów krajowych

Art. 98 UZ

(3) Pozycja prawna sędziów w krajach zostanie uregulowana przez szczególne ustawy krajowe, o ile nie stanowi inaczej art. 74 ust. 1 nr 27.

(4) Kraje mogą ustanowić, że o powołaniu sędziów w krajach decyduje krajowy minister sprawiedliwości wspólnie z komisją ds. spraw wyboru sędziów.

Art. 74 UZ

(1) Ustawodawstwo konkurujące obejmuje następujące dziedziny:

1. (...) ustrój sądów, postępowanie sądowe (...);

27. prawa i obowiązki związane ze statusem urzędników krajowych, gmin i innych osób prawa publicznego, jak również sędziów w krajach związkowych z wyjątkiem przebiegu kariery, wynagrodzenia i zaopatrzenia.

Zasadniczo kraje związkowe posiadają władztwo personalne w zakresie powoływania sędziów sądów krajowych. Art. 98 ust. 4 UZ upoważnia kraje związkowe do przyjęcia ustawy regulującej powołanie sędziów, przewidującej, iż powołania sędziego dokonuje krajowy minister sprawiedliwości wraz z komisją ds. wyboru sędziego. Przy czym właściwym ministrem jest ten minister krajowy, w którego właściwości znajduje się dany sąd. Z upoważnienia do włączenia do procedury powołania sędziego komisji ds. wyboru sędziego skorzystało 10 z 17 krajów związkowych. Komisja

⁵⁵ *Wahl und Ernennung. Bundesverwaltungsgericht*, <http://www.bverwg.de/das-gericht/organisation/richter-und-senate> (dostęp 17.07.2018).

ds. wyboru sędziów nie została powołania w Bawarii, Saksonii Dolnej, Kraju Saary, Nadrenii Północnej-Westfalii, Meklemburgii-Pomorzu Przednim, Saksonii, Saksonii-Anhalt.

Niezgodne z UZ jest powoływanie sędziów wyłącznie przez komisję lub bez zgody właściwego ministra. Powyżej przytoczony przepis ma charakter fakultatywny, tzn. kraje związkowe mogą skorzystać z modelu powołania sędziów z udziałem komisji, ale mogą pozostawić tę decyzję wyłącznie organom władzy wykonawczej. **Co prawda, art. 98 ust. 4 UZ stanowi tylko o powołaniu sędziego, ale przepis ten stosuje się również do procedury awansowania sędziego. Decyzje podejmowane przez ministra wraz z komisją podlegają kontroli sądowej, ale ze względu na to, iż decyzje te nie są uzasadniane, kontrola ma ograniczony zakres**⁵⁶.

Art. 98 ust. 4 UZ jest przepisem paralelnym do art. 95 ust. 2 UZ i według komentatorów miał wzmocnić legitymację demokratyczną sędziego. Dlatego też, zgodnie z wykładnią celowościową opartą na analizie prac legislacyjnych w Radzie Parlamentarnej, można stwierdzić, iż **wprowadzie art. 98 ust. 4 UZ nie zawiera przepisu dotyczącego składu komisji, ale zgodnie z zamysłem jego twórców członkami komisji powinni być przedstawiciele parlamentu krajowego.** Ch. Hillgruber stwierdza, iż członkowie komisji, którzy nie są parlamentarzystami, nie mogą być wskazani przez grupy zawodowe, np. samych sędziów, adwokatów czy prokuratorów. Uczestniczenie samych sędziów w powoływaniu nowych sędziów ma charakter kooptacji i jest zdaniem tego autora niezgodne z zasadą legitymacji demokratycznej oraz niezgodne z konstytucją. Sędziowie, którzy nie zostali wybrani przez parlament, adwokaci, nauczyciele szkół wyższych i inne osoby, które są tylko reprezentantami swojej grupy zawodowej, a nie całego narodu, nie mogą wpływać w sposób wiążący na decyzje tego gremium, jeżeli nie zostali wybrani przez organ demokratycznie legitymowany, a jest nim parlament kraju związkowego. Powyższa interpretacja art. 98 ust. 4 UZ wynika z jego genezy, a w szczególności prac Rady Parlamentarnej. Początkowo przepis odnoszący się do powoływania sędziów sądów najwyższych przewidywał, iż komisja ds. wyboru sędziów będzie się składała z „ministrów sprawiedliwości krajowych, prezesów wyższych sądów krajowych, po jednym przedstawicielu izby adwokackiej kraju związkowego i po jednym przedstawicielu wydziałów prawa każdego uniwersytetu krajowego”. Poseł G.A. Zinn (SPD) stwierdził: „Chodzi o to, by stworzyć podstawę zaufania dla sądownictwa. Nie osiągną państwo

⁵⁶ G. Morgenthaler, GG Art. 98 [Rechtsstellung der Richter] w: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, wyd. 37, nb. 18-19.

tego w żadnym wypadku, gdy sędziowie będą się w pewnym stopniu odnawiać sami z siebie⁵⁷. Dlatego w komisji ds. wyboru sędziów powinni współdziałać obok ministrów członkowie posiadający zaufanie parlamentu. Łańcuch legitymacji demokratycznej zostaje zamknięty, o ile członkowie komisji, którzy nie są członkami parlamentu, zostali wybrani przez ten ostatni albo mianowani przez rząd krajowy. Członkowie komisji ds. wyboru sędziów, którzy nie posiadają statusu parlamentarzysty, mogą być zgłoszeni przez daną grupę zawodową jako kandydaci, którzy muszą być zatwierdzeni przez parlament. Nie jest przy tym dopuszczalne, by propozycje te były dla parlamentu wiążące, a liczba kandydatów musi przewyższać liczbę miejsc do objęcia w komisji⁵⁸.

Podobny pogląd prezentuje F. Wittreck, który jednocześnie określa model wyboru z udziałem komisji ds. wyboru sędziów jako bardziej wymagający i trudniejszy dla ustawodawcy, właśnie ze względu na konieczność zgodnego z UZ wyłaniania do komisji sędziów lub reprezentantów innych zawodów prawniczych. Według F. Wittrecka, jedyny zgodny z art. 20 ust. 2 zd. 2 UZ sposób, to ich wybór przez parlamenty krajowe z list kandydatów przygotowanych przez reprezentacje zawodów prawniczych, przy czym parlament krajowy nie może być związany tymi listami. Wybór członków komisji przez przedstawicieli danego zawodu prawniczego nie zapewnia legitymacji demokratycznej tak wybranym członkom komisji, a przez to wybranym przez komisję sędziom w rozumieniu wspomnianego wcześniej nieprzerwanego łańcucha legitymacji⁵⁹.

1.4.3. Przykładowe przepisy krajów związkowych dotyczące wyboru sędziów

Ustawa Brandenburgii z 12 lipca 2011 r. o wyborze sędziego⁶⁰

§ 11 Właściwość komisji ds. wyboru sędziów

(1) O zatrudnieniu, powołaniu w dożywotni stosunek sędziowski, przeniesieniu lub mianowaniu na urząd sędziego o wyższym wynagrodzeniu podstawowym niż odpowiadające urzędowi wyjściowemu decyduje właściwy członek rządu krajowego wspólnie z komisją ds. wyboru sędziów.

⁵⁷ Poseł A.G. Zinn (SPD), 37. posiedzenie 13 stycznia 1949 r., Sprawozdanie stenograficzne, s. 461, 465.

⁵⁸ Ch. Hillgruber, Art. 98 GG w: Th. Maunz, G. Dürig (red.), *Grundgesetz. Kommentar...*, wyd. 82, nb. 60-64.

⁵⁹ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 129 n.

⁶⁰ niem. *Brandenburgisches Richterwahlgesetz*, 2011, GVBl. I/11 [Nr. 18].

(2) Prezes lub prezeska wyższego sądu krajowego jest wybierany na wniosek rządu krajowego przez komisję ds. wyboru sędziego.

§ 12 Wybór komisji ds. wyboru sędziów

(1) Sejm krajowy jako stałych członków komisji ds. wyboru sędziego wybiera:

1. ośmiu posłów i ich zastępców na wniosek parlamentu;
2. dwie osoby spośród sędziów i ich zastępców z listy, o której stanowi § 15 ust. 1 zd. 1;
3. jedną osobę spośród adwokatów i jej zastępcę z listy, o której stanowi § 15 ust. 2 zd 1.

Ponadto sejm krajowy jako niestałych członków komisji ds. wyboru sędziów wybiera jedną osobę z prokuratury i jej zastępcę z listy, o której stanowi § 15 ust. 3 zd. 1 i po jednym sędzim lub sędzinie z sądownictwa powszechnego, administracyjnego, finansowego, pracy i spraw socjalnych z listy, o której stanowi § 15 ust. 1 zd. 1. W komisji ds. wyboru sędziów muszą być reprezentowane wszystkie frakcje.

(2) Do wyboru każdego członka konieczna jest większość obecnych posłów.

§ 15 Listy kandydatów

(1) Na liście kandydatów, o których stanowi § 12 ust. 1 zd. 1 nr 2, zostaną uwzględnione sędziny lub sędziowie mianowani dożywotnio, w przypadku § 12 ust. 1 zd. 2 alternatywa druga zostaną wybrani sędziny lub sędziowie mianowani dożywotnio, z odpowiedniego rodzaju sądownictwa. Na każde miejsce muszą zostać zaproponowane co najmniej cztery osoby.

(2) Na liście kandydatów, o których stanowi § 12 ust. 1 zd. 1 nr 3, zostaną uwzględnieni adwokaci obojga płci, którzy zostali dopuszczeni do wykonywania zawodu w kraju związkowym, wybrani przez adwokatów obojga płci, w czasie zebrania izby, zgodnie ze szczegółową regulacją izby adwokackiej. Ust.1 zd. 2 stosuje się odpowiednio.

(3) Na liście kandydatów, o której stanowi § 12 ust. 1 zd. 2 pierwsza alternatywa, zostaną uwzględnieni prokuratorzy obojga płci wybrani spośród prokuratorów obojga płci mianowanych dożywotnio. Ust.1 zd. 2 stosuje się odpowiednio.

Ustawa Hamburga z 2 maja 1991 r. o statusie sędziego⁶¹

§ 14 Okres sprawowania funkcji przez komisję ds. wyboru sędziego

⁶¹ niem. *Hamburgisches Richtergesetz*, 1991, HmbGVBl., s. 169.

(1) Komisja ds. wyboru sędziów zgodnie z art. 63 konstytucji wolnego i hanzeatyckiego Hamburga jest wybierana na okres 3 lat.

(2) (...).

§ 15 Senatorowie i radni miejscy

Senat wyznacza w swoim podziale czynności trzech senatorów lub radnych miejskich, którzy będą członkami komisji ds. wyboru sędziów.

§ 16 Członkowie-przedstawiciele parlamentu krajowego

Sześciu członków-przedstawicieli społeczeństwa jest wybieranych przez parlament krajowy. Muszą być oni wybieralni do parlamentu krajowego oraz posiadać doświadczenie w zakresie prawa.

§ 17 Członkowie-sędziowie

(1) Członkowie-sędziowie komisji ds. wyboru sędziów są powoływani przez senat na wniosek sędziów sądów Hamburga. Proponowani sędziowie są wybierani w wyborach tajnych przez sędziów.

(2). Sędziowie wszystkich sądów Hamburga wybierają ze swojego grona dwóch mianowanych dożywotnio sędziów.

(3) (...).

Konstytucja wolnego i hanzeatyckiego Hamburga z 6 czerwca 1952 r.⁶²

Art. 63

(1) Sędziny i sędziowie zawodowi mianowani są przez senat na wniosek komisji ds. wyboru sędziów. Stosuje się art. 45. Komisja ds. wyboru sędziów składa się z trzech członków senatu albo radnych, sześciu członków parlamentu krajowego, trzech sędziów lub sędzin, dwóch adwokatów obojga płci. Szczegóły zostaną uregulowane w ustawie. Może zostać przewidziane, że dla określonych dziedzin sądownictwa adwokaci obojga płci zostaną zastąpieni przez osoby, które posiadają szczególne doświadczenie w danej dziedzinie sądownictwa.

Powyższe dwa przykłady rozwiązań prawa krajowego w zakresie wyboru sędziów nie spełniają wymogów legitymacji demokratycznej, sformułowanych przez F. Wittrecka. W przypadku Brandenburgii członków komisji, którzy są reprezentantami zawodów prawniczych, powołuje, co prawda, parlament krajowy, ale jest on związany listami kandydatów. Natomiast w przypadku Hamburga członkowie-sędziowie są wybierani przez samych sędziów, którzy nie dysponują legitymacją demokratyczną odpowiadającą legitymacji parlamentarzystów.

⁶² niem. *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, HmbBL I 100-a z późn. zmianami.

Ustawa Badenii-Wirtembergii o statusie sędziego⁶³

§ 46 Skład komisji ds. wyboru sędziów

Komisja ds. wyborów sędziów składa się z piętnastu członków, w tym:

1. sześciu sędziów, będących członkami stałymi;
2. dwóch sędziów danego rodzaju sądownictwa, wybieranych jako członkowie niestali;
3. sześciu posłów do parlamentu krajowego;
4. jednego przedstawiciela adwokatury.

§ 47 Wybór posłów

(1) Parlament krajowy na początku swojej kadencji zgodnie z zasadami wyborów proporcjonalnych wybiera w ciągu jednego miesiąca od momentu zebrania się sześciu posłów na członków komisji ds. wyboru sędziów i dla każdego członka jednego posła jako zastępcę.

(2) Każda frakcja parlamentu krajowego może wnieść propozycję wyboru, w której dla każdego proponowanego członka wskazany jest jego zastępca. Posłowie wybrani jako członkowie zostają określani na podstawie metody d'Hondta. W przypadku równych najwyższych liczb decyduje losowanie.

§ 48 Wybór członków-sędziów

(1) Członkowie-sędziowie jak i ich zastępcy są wybierani przez sędziów na okres 4 lat w wyborach tajnych i bezpośrednich.

(2) Wybierani są sędziowie mianowani dożywotnio w służbie tego kraju związkowego z wyłączeniem sędziów, członków lub zastępców w radzie prezydialnej, jak również sędziów, którzy zostali oddelegowani do sądu poza krajem związkowym lub na inne stanowisko służbowe niż w sądzie albo są urlopowani bez prawa do wynagrodzenia.

(3) (...).

(4) Wybór członków-sędziów i ich zastępców następuje na podstawie propozycji wyborczych zgodnie z regułami wyborów większościowych. § 37 ust. 4 stosuje się odpowiednio.

(5) Jako zastępcy członków-sędziów wybierani są sędziowie nie wybrani jako członkowie w kolejności zgodnej z uzyskaną przez nich liczbą głosów.

§ 50 Wybór przedstawicieli adwokatury

Przedstawiciel adwokatury i jego zastępca są wybierani przez parlament krajowy na podstawie propozycji izby adwokackiej na okres czterech lat.

⁶³ niem. *Landesrichtergesetz Baden-Württemberg* w brzmieniu z 19 lipca 1972 r., GBl., s. 432 z późn. zmianami.

Obieralni są tylko adwokaci dopuszczeni przy sędzię w kraju związkowym. Każda z izb adwokackich może dostarczyć listę propozycji; musi ona zawierać nazwiska co najmniej dwóch obieralnych adwokatów.

Rozwiązania normatywne zawarte w ustawie Badenii-Wirtembergii nie odpowiadają w pełni postulatowi Ch. Hillgrubera i F. Wittrecka, ponieważ reprezentanci stanu sędziowskiego nie są wybierani przez organ posiadający legitymację demokratyczną. Ten wymóg spełniony jest natomiast w przypadku przedstawiciela adwokatów, wybranego przez parlament krajowy Badenii-Wirtembergii, choć nie w pełnym zakresie, gdyż parlament krajowy związany jest bardzo ograniczoną listą.

Bawaria jest krajem związkowym, który nie przyjął modelu przewidzianego w art. 98 ust. 4 UZ. W marcu 2018 r. została uchwalona nowa ustawa Bawarii o statusie sędziego, w której uregulowana została również procedura wyboru sędziego, nadal w sposób odrębny od rozwiązań UZ.

Ustawa Bawarii o statusie sędziego i prokuratora z dnia 22 marca 2018 r.

Art. 4 Krajowa komisja personalna ds. sędziów i prokuratorów

(1) W sprawach sędziów i sędzin, jak również prokuratorów i prokurek krajowa komisja personalna składa się z następujących członków zwykłych:

1. członków zgodnie z art. 133 ust. 3 zd. 2 BayBG⁶⁴;
2. dalszego członka z państwowego ministerstwa sprawiedliwości (ministerstwo państwa);
3. pięciu sędziów albo prokuratorów, w tym trzech wybranych przez czołowe organizacje przy odpowiednim uwzględnieniu poszczególnych rodzajów sądownictwa.

W równej liczbie i zgodnie z takimi samymi zasadami zostaną wybrani członkowie-zastępcy.

(2) Do podjęcia decyzji przez krajową komisję personalną w sprawach sędziów i sędzin, jak również prokuratorów i prokurek jest konieczna obecność co najmniej siedmiu członków. W pozostałym zakresie obowiązują odpowiednio art. 112 do art. 120 BayBG.

Ustawa Bawarii o statusie urzędnika

Art. 113 Skład

(1) Krajowa komisja personalna składa się z siedmiu członków zwykłych

⁶⁴ niem. *Bayerisches Beamtengesetz*, ustawa Bawarii o statusie urzędnika z 29 lipca 2008 r., GVBl., s. 500.

i z siedmiu zastępców. Wszyscy członkowie muszą znajdować się w stosunku służbowym urzędnika dożywnio lub czasowo.

(2) Jeśli krajowa komisja personalna wykonuje zadania zgodnie z art. 115 ust. 1 nr 5, to skład z art. 113 ust. 1 zostanie uzupełniony o członka z głosem doradczym. Członek z głosem doradczym powinien posiadać doświadczenie w zakresie rozwoju kadr poza sferą publiczno-prawną.

(3) Rząd powołuje członków zwykłych i zastępców, jak również członka z głosem doradczym na okres pięciu lat; ponowne powołanie jest dopuszczalne. Trzech członków zwykłych i trzech zastępców powoływanych jest z administracji państwowej, z tego po jednym członku zwykłym i po jednym zastępcy z ministerstwa spraw wewnętrznych, budownictwa i transportu, ministerstwa finansów oraz rozwoju i ojczyzny. Po dwóch członków zwykłych i dwóch zastępców zostaje powołanych na wniosek naczelnych związków komunalnych, czołowych organizacji właściwych związków i organizacji zawodowych.

(4) Rząd powołuje przewodniczącego lub przewodniczącą oraz zastępcę przewodniczącego lub przewodniczącą z kręgu członków powołanych z administracji państwowej.

T. Groß zauważa, iż w zakresie procedury wyboru sędziów istnieje w ramach Federacji duża różnorodność, jednakże zgodnie z powszechnie panującym przekonaniem, każda decyzja o wyborze sędziego wymaga wyrażenia zgodny przez krajowego ministra sprawiedliwości⁶⁵. W. Nešković zauważa natomiast, iż ze względu na mocną pozycję ministra sprawiedliwości w obecnym systemie nie jest w pełni zagwarantowana realizacja zasady demokracji. Sędzia może wykazać się dopiero legitymacją demokratyczną piątego stopnia: 1. naród wybiera parlament, 2. parlament wybiera premiera, 3. premier wybiera ministra sprawiedliwości, 4. minister sprawiedliwości mianuje referenta ds. personalnych, 5. referent ds. personalnych wybiera sędziów⁶⁶. Pogląd przeciwny prezentuje natomiast F. Wittreck stwierdzając, iż w tym przypadku zachowana zostaje legitymacja demokratyczna tak wybranego sędziego pod warunkiem, iż to rzeczywiście minister, a nie urzędnicy ministerstwa dokonują wyboru sędziego⁶⁷.

⁶⁵ T. Groß, *Erwartungen aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht*, w: P.-A. Albrecht (red.), *Autonomie für eine Dritte Gewalt*, Berlin 2018, s. 25.

⁶⁶ W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, s. 9.

⁶⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 127.

1.5. Nadzór służbowy nad sędziami

Relacja pomiędzy nadzorem służbowym a niezawisłością sędziowską stanowi istotny problem prawny, co znajduje swój wyraz w systematyce ustawy o statusie sędziego. Przepis odnoszący się do tej kwestii znajduje się bowiem w rozdziale czwartym dotyczącym niezawisłości sędziowskiej, zaraz po klauzuli ogólnej z § 25, omówionej powyżej.

§ 26 Nadzór służbowy

- (1) Sędzia podlega nadzorowi tylko, jeśli nie zostaje naruszona jego niezawisłość.
- (2) Nadzór służbowy obejmuje z zastrzeżeniem ust. 1 kompetencje do wytknięcia niezgodnego z prawem załatwiania sprawy służbowej oraz upomnienia w celu zgodnego z przepisami, niezwłocznego załatwienia spraw służbowych.
- (3) Jeśli sędzia uważa, że środki nadzoru służbowego naruszają jego niezawisłość, wówczas na wniosek sędziego orzeka sąd dyscyplinarny zgodnie z tą ustawą.

J.-F. Staats zauważa, iż te dwa pojęcia: niezawisłości sędziowskiej i nadzoru służbowego nad sędziami nie idą w parze, ale przy zachowaniu pewnych ograniczeń są one do pogodzenia, gdyż **sędzia spełnia funkcje służby publicznej, które nie są wyłącznie związane z orzekaniem, a i w zakresie samego orzekania jego niezawisłość nie ma charakteru absolutnego. Orzekanie jest bowiem powierzone sędziom jako zadanie państwa, a jego sumienne wykonanie leży w zakresie odpowiedzialności ministra sprawiedliwości przed parlamentem i jest egzekwowane za pośrednictwem łańcucha przełożonych**⁶⁸. Nadzór ten nie może jednak polegać na bezpośredniej lub pośredniej ingerencji w przebieg i rezultat postępowania.

Środki nadzoru mogą dotyczyć zarówno działalności orzeczniczej, jak i pozaorzeczniczej sędziego, a nawet zachowania poza stosunkiem służbowym, o ile miało ono wpływ na wykonywanie obowiązków służbowych. Środki nadzoru mogą przyjmować bardzo różne formy, mogą być to zalecenia, opinie, niewiążące sugestie, ale najważniejszą ich formą jest ocena służbowa sędziego. Przewidziane w § 26 ust. 2 ustawy federalnej o statusie sędziego zastrzeżenie i upomnienie są najostrzejszymi dopuszczalnymi formami nadzoru służbowego. **Co prawda, środki nadzoru nie mogą się zasadniczo odnosić do orzekania, ale**

⁶⁸ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG §26 Dienstaufsicht, nb. 1; N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit...*, s. 3042.

te dwa ostatnio wymienione środki – zastrzeżenie i upomnienie mogą być wyjątkowo wydane również w związku z treścią orzeczenia⁶⁹.

FSN sformułował w związku z zagadnieniem dopuszczalności ingerencji środków nadzorczych w działalność orzeczniczą teorię rdzenia orzekania, które nie może zostać naruszony w drodze nadzoru służbowego. Do owego rdzenia należy bezsprzecznie treść orzeczenia. Jednakże FSN dopuścił wyjątki od tej zasady, gdy orzeczenie jest w sposób oczywisty niezgodne z prawem, gdy nastąpiła oczywiste naruszenie ustawy albo zastosowanie nieobowiązującej już normy prawnej⁷⁰.

Ustawa nie określa, kto ma wykonywać nadzór służbowy, a jak uważa J.-F. Staats, ze względu na władzę organizacyjną organów władzy wykonawczej, organ nie musi zostać określony ani w ustawach, ani w rozporządzeniach⁷¹. **W powszechnym przekonaniu nadzór służbowy nad sędziami należy do zakresu administrowania sądami, a w związku z tym, iż federalna ustawa o statusie sędziego nie przewiduje ani żadnej „rady sędziów”, ani kolegów sędziowskich, jest on wykonywany przez ministrów sprawiedliwości i podporządkowanych ministrom prezesów sądów⁷².**

W związku z wykonywaniem nadzoru służbowego niezawisłość sędziowska podlega ochronie, która może być realizowana poprzez wniesienie przez sędziego dotkniętego takim środkiem wniosku do sądu służbowego (§ 62 ust. 1 pkt 4 lit. 3 i § 78 pkt. 4 lit. e federalnej ustawy o statusie sędziego), a także poprzez wniesienie skargi konstytucyjnej na podstawie art. 33 ust. 5 UZ i ochrony na drodze sądownoadministracyjnej. Jeśli sędzia jest zdania, iż środek nadzoru narusza jego niezawisłość, może wówczas wnieść wniosek do sądu służbowego. Jeśli natomiast środek narusza jego indywidualną sferę prawną, wówczas właściwy jest sąd administracyjny. Decyzja, do którego sądu sędzia wnieśli środek prawny, należy do sędziego⁷³.

Od nadzoru służbowego należy również odróżnić środki dyscyplinarne stosowane w ramach postępowania dyscyplinarnego, uregulowanego poprzez odesłanie do prawa dyscyplinarnego urzędników (§§ 46 i 71) z przepisami szczególnymi dla sędziów (§§ 62 ust.1 pkt 1, 63, 64, 78 pkt 1 i 81-83 ustawy

⁶⁹ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 5, 12.

⁷⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 145 n.

⁷¹ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 11; por. F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 95 nn.

⁷² F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 143; N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit...*, s. 3042.

⁷³ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...* DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 22.

o statusie sędziego). Postępowanie dyscyplinarne jest wdrażane wówczas, gdy środki nadzoru służbowego są uważane za niewystraszające i doszło do zawinionego przez sędziego naruszenia obowiązków służbowych. Zgodnie z dominującym poglądem, również w ramach postępowania dyscyplinarnego niezawisłość sędziowska podlega ochronie. Środkiem dyscyplinującym jest nagana, a pozostałe środki mogą być zastosowane wyłącznie przez sąd dyscyplinarny⁷⁴.

Sąd dyscyplinarny zgodnie z przepisem ramowym § 77 ustawy o statusie sędziego musi zostać powołany w każdym kraju związkowym. W skład sądu wchodzi przewodniczący oraz po połowie członkowie stali i niestali. Wszyscy muszą posiadać status sędziego mianowanego dożywotnio, a członkowie niestali należą do dziedziny sądownictwa, do której należy sędzia odpowiadający przed sądem dyscyplinarnym. Skład sądu dyscyplinarnego jest wybierany przez prezydium sądu, przy którym został on utworzony.

Zastosowanie środków dyscyplinarnych miało w RFN miejsce przede wszystkim w związku z zachowaniem sędziów niezwiązanym bezpośrednio z wykonywaniem obowiązków służbowych, m.in. w związku z naruszeniem obowiązku zachowaniu umiaru w zakresie działalności politycznej, który wynika z § 39 ustawy o statusie sędziego, poprzez wypowiedzi o charakterze politycznym, udział w demonstracjach, sławną „blokadę sędziów w Mutlangen” (niem. *Mutlangener Richterblockade*)⁷⁵, a także rozpowszechnianie kłamstwa oświęcimskiego⁷⁶.

1.5.1. Przykładowe przepisy kraju związkowego dotyczące wykonywania nadzoru służbowego nad sędziami krajowymi

Ustawa Bawarii o statusie sędziego

Art. 5 Ocena służbowa

(1) Sędziowie i sędziny mianowani dożywotnio, jak również prokuratorzy i prokuratorzki posiadające dożywotni status urzędnika podlegają co cztery lata ocenie służbowej przez bezpośredniego przełożonego lub bezpośrednią przełożoną (ocena okresowa). Najwyższy organ służbowy

⁷⁴ Idem, nb. 8; N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit...*, s. 3044, 3047.

⁷⁵ 20 sędziów w styczniu 1987 r. wzięło udział w blokadzie przed bazą wojskową Stanów Zjednoczonych w akcie protestu przeciwko przechowywaniu tam broni atomowej. W świetle stanowiska sędziów biorących udział w blokadzie był to akt poparcia dla setek obywateli, którzy za takie same zachowanie ponosili konsekwencje karnoprawne, P.E. Quient, *Civil Disobedience and the German Courts*, Abingdon 2008, s. 28.

⁷⁶ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, s. 148 n.

określa, którzy sędziowie i sędziny, jak i prokuratorzy i prokuratorki nie będą już oceniani okresowo. Organ ten może postanowić, iż oceny będą dokonywane z powodu przeniesienia lub ubiegania się o stanowisko.

(2) Ocenie podlegają rezultaty działalności zawodowej, przydatność i kwalifikacje. Ocena kończy się opinią. Jeśli ocena dotyczy działalności podejmowanej w ramach niezawisłości sędziowskiej, należy uwzględnić ograniczenia wynikające z § 26 ust. 1 i 2 ustawy o statusie sędziego.

(3) Sędziowie i sędziny na próbę podlegają ocenie najpóźniej z upływem 18 miesięcy po rozpoczęciu okresu próby oraz bezpośrednio przed upływem okresu próby. Najwyższy organ służbowy może ustalić, iż ocena zakończy się tylko stwierdzeniem, czy sędzia albo sędzina na próbę nadaje się, jeszcze się nie nadaje lub nie nadaje się do powołania w stan sędziowski lub urzędniczy.

(4) Sędziowie i sędziny na zlecenie podlegają ocenie najpóźniej przed mianowaniem dożywotnim.

(5) Właściwe ministerstwa mogą w porozumieniu z ministerstwem finansów, rozwoju przestrzennego kraju i ojczyzny wydawać własne wytyczne co do oceny sędziów i sędzin, jak i prokuratorów i prokuratek w zakresie ich właściwości. Wytyczne te mogą zawierać dalsze odstępstwa od części 4 ustawy o drodze awansu zawodowego. Należy przy tym zachować jedność systemu oceny i zwracać uwagę na porównywalność ocen.

Ocena sędziów i sędzin, jak również prokuratorów i prokuratek. Wspólne obwieszczenie bawarskich ministerstw sprawiedliwości, spraw wewnętrznych, budownictwa i transportu, finansów, rozwoju przestrzennego kraju oraz ojczyzny, jak również pracy, spraw socjalnych, rodziny i integracji z 26 marca 2015 r.

Sygn. akt: A3 - 2012 - V - 2903/2014, IZ2 - 0371 - 1 - 7, P 1150 - 7/3, A2/0371 - 1/43⁷⁷

1. Zagadnienia ogólne

1.1. Ocena służbowa stanowi istotną podstawę każdej decyzji personalnej i dla realizacji zawartej w UZ oraz w Konstytucji Bawarii zasady efektywności.

1.2. Przy ocenie sędziów i sędzin należy uwzględnić szczególną pozycję: sędziów i sędzin, jak również prokuratorów i prokuratek; przede wszystkim przez ocenę nie może zostać naruszona niezawisłość osobowa i rzeczowa sędziów i sędzin (art. 97 UZ, §§ 25, 26 ust. 1 ustawy o statusie sędziego).

2. Właściwość

⁷⁷ <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVwV304998> (dostęp 31.07.2018). Zgodnie z informacją na stronie internetowej, pomimo iż ustawa o statusie sędziego z 22 marca 2018 r. weszła w życie 1 kwietnia 2018 r., wytyczne pozostają w mocy.

Oceniają

2.1. w sądownictwie powszechnym

- prezesi i prezeski wyższego sądu krajowego sędziów i sędziny swojego sądu, prezesów i prezeski sądów krajowych i rejonowych swojego okręgu, jak i etatowych przewodniczących grup roboczych obu płci;
- prezesi i prezeski sądów krajowych sędziów i sędziny swoich sądów, i o ile prowadzą nadzór służbowy, sędziów i sędziny sądów rejonowych w swoim okręgu;
- prezesi i prezeski sądów rejonowych sędziów i sędziny swoich sądów; (...).

3. Treść

¹Na początku należy zamieścić krótki opis istotnych zadań służbowych, którymi miał się zająć sędzia (prokurator) albo sędzina (prokuratorka) w okresie podlegającym ocenie. ²Ocenie podlegają rezultaty działalności zawodowej, przydatność i kwalifikacje. ³W szczególności należy zająć się następującymi kryteriami w poniższej kolejności:

3.1. Rezultaty działalności zawodowej

3.1.1. Zdolność sędziego (prokuratora) albo sędziny (prokuratorki) do opracowania z niezbędną dokładnością przekazanych im zadań służbowych, do przeprowadzenia z własnej inicjatywy lub do zainicjowania koniecznych ustaleń lub środków, do określenia istoty [sprawy – uwaga M.B.] i w odpowiednim czasie do znalezienia rozwiązania uzasadnionego prawnie, jak i praktycznie; w szczególności zdolność analizy nieustrukturyzowanego stanu faktycznego pod kątem jego prawnego znaczenia, zdolność do określenia punktów ciężkości i skoncentrowania się na istotnych argumentach;

3.1.2. Zdolność sędziego (prokuratura) albo sędziny (prokuratorki) do celowego i przewidującego planowania, organizowania i realizacji przebiegu pracy z uwzględnieniem zasobów czasowych i rzeczowych, do organizowania i wykonywania pracy, by uzyskać na przykład ustrukturyzowane wyniki pracy lub by zapewnić dotrzymanie ustawowych terminów;

3.1.3. Zdolność sędziego albo sędziny do przygotowania posiedzenia, sprawnego jego przeprowadzenia z rozwagą oraz znajomością akt, jak również zdolność do przekazania celu rozprawy, do wyczerpującego, ale bez drobiazgowości, wyjaśnienia materiału rozprawy pod kątem faktycznym i prawnym z poszanowaniem praw uczestników, do wysłuchania i przesłuchania uczestników postępowania i innych osób, do przyczyniania się we właściwy sposób do polubownego załatwienia sporu lub do doprowadzenia sprawy bez zwłoki do orzeczenia; jako członek lub członkini składu orzekającego zdolność do przyczynienia się w koniecznym zakresie do

wyjaśnienia przedmiotu rozprawy oraz do odpowiedniego wspierania przewodniczącego lub przewodniczącej w prowadzeniu rozprawy;
(...).

1.6. Skarga na naruszenie przez sędziego porządku konstytucyjnego

Art. 98 UZ

1. Jeśli sędzia federalny w ramach sprawowania swojego urzędu albo poza nim narusza zasady Ustawy Zasadniczej lub konstytucyjnoprawny porządek któregoś z krajów związkowych, Federalny Trybunał Konstytucyjny na wniosek Bundestagu może orzec o przeniesieniu sędziego na inny urząd albo przeniesieniu sędziego w stan spoczynku. W przypadku umyślnego naruszenia można orzec o pozbawieniu go urzędu.

(...).

5. Kraje związkowe mogą w odniesieniu do sędziów krajowych przyjąć regulację odpowiadającą ust. 2. Obowiązujące krajowe prawo konstytucyjne pozostaje nienaruszone. Orzeczenie o skardze na sędziego wydaje Federalny Trybunał Konstytucyjny.

Art. 98 UZ, będący wyrazem zasady demokracji sporu, przewiduje w celu obrony wolnościowego porządku UZ możliwość złożenia do FTK skargi na sędziego Federacji. Przepis przewiduje, iż kraje związkowe mogą również wprowadzić taką instytucję prawną w odniesieniu do sędziów krajowych, przy czym kraje związkowe nie mogą zmodyfikować jej zakresu ani przesłanek, a kompetencje do wydania orzeczenia zachowuje, jak w przypadku sędziów federalnych, FTK.

Z dyskusji prowadzonych w ramach Rady Parlamentarnej oraz w konstytuancjach krajowych wynika, iż wspomniana instytucja prawna w początkowej fazie republiki bońskiej miała służyć demokratyzacji zdyskredytowanego poprzez swoją działalność w III Rzeszy stanu sędziowskiego. Jednakże ze względu na trudne do spełnienia zarówno przesłanki materialne, jak i formalne, zastosowanie skargi w praktyce jest bardzo utrudnione⁷⁸.

Celem skargi jest możliwość zwolnienia sędziego z jego funkcji w przypadku, gdy w ramach swoich funkcji urzędowych lub poza nimi zwraca się w sposób poważny i wojowniczo-agresywny przeciwko porządkowi konstytucyjnemu. Przedmiotem postępowania nie jest odpowiedzialność karna lub

⁷⁸ F Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 160 n.

dyscyplinarna, jest to raczej forma sankcji *sui generis*, występująca obok tych dwóch rodzajów odpowiedzialności. Do tej pory nie było przypadku wniesienia takiej skargi⁷⁹.

F. Wittreck stwierdza jednak, że instytucja ta, choć w praktyce niewykonywana, odgrywa dwie istotne funkcje ustrojowe. Stanowi dodatkowy łącznik pomiędzy stanem sędziowskim oraz władzą ustawodawczą, wzmacniając legitymację demokratyczną tego pierwszego. Ponadto w związku z wnioskiem, o którym stanowi art. 98 ust. 2 UZ, umożliwi debatę parlamentarną dotyczącą również działalności orzeczniczej sędziów⁸⁰.

1.7. *Facit*

W związku z szeroką podległością organizacyjną sędziów wobec ministerstw sprawiedliwości przedstawiciele środowiska sędziowskiego kwestionują pełną skuteczność art. 97 ust. 1 UZ. **Biorąc pod uwagę istniejący stan prawny, również pod rządami UZ z 1949 r. powstał dla sędziów model kariery w zakresie oceny i awansu oparty na modelu urzędniczym. Organizacja sądownictwa znajduje się całkowicie w ręku władzy wykonawczej, która wykonuje nadzór nad sędziami, określa wysokość środków finansowych przeznaczonych na sądownictwo, określa, ile należy zatrudnić sędziów oraz liczbę personelu administracyjno-organizacyjnego sądów, a także w sposób zupełny organizację wewnętrzną sądów⁸¹.**

W opinii przedstawicieli środowiska sędziowskiego nadal aktualny pozostaje więc pogląd wyrażony przez pruskiego ministra sprawiedliwości: „Die Richter können so unabhängig sein wie sie wollen, solange wir die Personalpolitik bestimmen” (Sędziowie mogą być tak długo niezależni, jak długo my [minister sprawiedliwości – uwaga M.B.] ustalamy politykę personalną)⁸². Równie dosadnie ponad sto lat później, bo w 2011 r., opisał to Ch. Bommarius w artykule przedstawiającym polityczny mechanizm mianowania prezesów sądów w RFN. Stwierdził on: „Sądy i prokuratura w Niemczech nie są panami samych siebie. W origramach i budżetach ministerstw sprawiedliwości sądy występują jako organy podporządkowane, o zatrudnieniu sędziów na próbę decydują nie sądy, ale ministerialni urzędnicy. Także wyboru przewodniczących

⁷⁹ G. Morgenthaler, GG Art. 98 [Rechtsstellung der Richter] w: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, wyd. 37, nb. 7.

⁸⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 162.

⁸¹ C. Löbber, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz. Die Justiz im System der Gewaltenteilung*, Neue Richtersvereinigung-Info, Hessen, 6/2012, s. 19.

⁸² W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, s. 5.

i prezesów sądów nie dokonują ci, których to dotyczy, lecz ci, którzy kierują się często interesami pozamerytorycznymi, partyjno-politycznymi, a więc ministrowie sprawiedliwości krajów związkowych”⁸³.

Dopiero po 26 latach od wejścia w życie UZ w stosunku do sędziów utraciły moc przepisy odnoszące się do zasad wynagradzania urzędników państwowych, ale obecnie obowiązujące przepisy oparte są na podobnych zasadach i abstrahując od zagadnienia instancji, przewidują one aż 12 różnych kategorii wynagrodzenia, przy czym najlepiej uposażeni są sędziowie sprawujący funkcje administracyjne. W związku z tym C. Löbbert zauważa, iż im mniej wykonuje się funkcji sędziowskich, tym lepiej można w sądownictwie zarabiać. **W tak zhierarchizowanym systemie, w którym hierarchizacja jest powiązana z wynagrodzeniem, szczególne znaczenie ma ocena sędziego, wpływająca na jego awans. Oceny tej dokonuje prezes sądu na podstawie wytycznych ustalonych przez ministerstwo sprawiedliwości, który w tym zakresie działa jako organ podporządkowany ministerstwu**⁸⁴.

Kolejnym problemem związanym z gwarancjami niezależności sędziowskiej jest finansowanie sądów. **Budżet sądów uwzględniony jest w ramach budżetu odpowiedniego ministerstwa sprawiedliwości. Środowisko sędziowskie samo nie może przedstawić parlamentowi projektu budżetu sądownictwa oraz jego uzasadnienia, jest skazane na działanie w tym względzie ministra sprawiedliwości**⁸⁵.

Powyżej przedstawiony system zależności sędziów od władzy wykonawczej może ograniczać niezawisłość sędziów, a także stoi na przeszkodzie pełnej realizacji zasady trójpodziału władzy. W. Nešković uważa, iż jak długo administracja sądowa kieruje polityką personalną sądów, tak długo będzie ona świadomie lub nieświadomie dążyła do tworzenia grupy sędziowskiej przyjaznej administracji⁸⁶. C. Löbbert formułuje jeszcze ostrzejszą ocenę: system oceny i awansu działa jak uzda dla sędziów, przy czym cugle znajdują się w rękach administracji. Co prawda do zadań sądownictwa należy kontrolowanie egzekutywy, ale sama egzekutywa stwierdza, czy sądownictwo robi to dobrze. A więc kontrolowany kontroluje kontrolera⁸⁷.

Z drugiej strony wskazuje się jednak na następujące elementy gwarantujące w różnych aspektach niezawisłość sędziowską: 1) rada prezydialna sądu jako

⁸³ Ch. Bommarius, *Missbrauch der Justiz*, „Frankfurter Rundschau” 1.08.2011.

⁸⁴ C. Löbbert, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...*, s. 19.

⁸⁵ W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, s. 7.

⁸⁶ Idem, s. 8.

⁸⁷ C. Löbbert, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...*, s. 20.

organ organizujący samodzielnie pracę sądu, 2) prawo do współdecydowania o sprawach związanych z działaniem sądów przez jego pracowników zgodnie z przepisami o współdecydowaniu, 3) niezależne sądy dyscyplinarne, 4) wybór sędziów przez komisje z udziałem członków parlamentów krajowych, 5) możliwość składania bezpośrednich pytań prawnych do FTK.

2. Status sędziego

Art. 98 ust. 1 i 3 UZ przewiduje, iż status sędziego zostanie określony w odrębnej ustawie. Konieczność odrębnej regulacji statusu sędziego jest konsekwencją zasady podziału władzy, powierzenia w art. 92 UZ wyłącznie sędziom i sądom wykonywania władzy sędziowskiej, a także gwarancji niezawisłości sędziowskiej z art. 97 ust. 1 UZ, obejmującej nieprzenoszalność i nieodwołalność, co odróżnia sędziego od urzędnika. W związku z powyższym niedopuszczalne jest uregulowanie statusu sędziego w ustawach dotyczących urzędników, jako tzw. urzędnika sądowego. FTK orzekł w wyroku z 15 listopada 1971 r., iż status sędziego jest statusem odrębnym i nie można go porównywać ze statusem urzędnika⁸⁸. Wprowadzenie tego przepisu miało na celu uchylenie ustawy o statusie urzędnika w odniesieniu do sędziów i doprowadzenie do „odurzędniczenia” (niem. *Entbeamtlichung*) statusu sędziego⁸⁹. W ustawie o statusie sędziego odpowiednio Federacji i krajów związkowych powinien zostać uregulowany status prawny sędziego w sposób całościowy: wykształcenie, zatrudnienie, awansowanie, organizacyjne przyporządkowanie sędziego w systemie władzy państwowej, a także zakres zadań i zasady ich wykonywania, łącznie z obowiązkiem noszenia togi⁹⁰.

Wymóg przyjęcia ustawy regulującej status sędziego Federacji oraz sędziego w krajach związkowych został spełniony poprzez uchwalenie ustawy federalnej o statusie sędziego niemieckiego z 8 września 1961 r., a następnie poprzez uchwalenie odpowiednich ustaw przez kraje związkowe.

Należy zauważyć, iż ustawa o statusie sędziego została uchwalona dopiero po upływie 12 lat od wejścia w życie art. 98 ust. 2 i 5 UZ, w 1961 r., a jej przepisy odsyłają dalej do aktów normatywnych odnoszących się do statusu urzędników.

§ 46 ustawy o statusie sędziego

Obowiązywanie prawa odnoszącego się do urzędników Federacji [w stosunku do sędziów federalnych – uwaga M.B.]

O ile ustawa nie stanowi nic innego, do stosunków prawnych sędziów w służbie Federacji stosuje się odpowiednio przepisy dla urzędników Federacji.

⁸⁸ BVerfGE 32, 199.

⁸⁹ C. Löbbert, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...*, s. 18.

⁹⁰ Ch. Hillgruber, Art. 98 GG w: Th. Maunz, G. Dürig (red.), *Grundgesetz. Kommentar...*, wyd. 82, nb. 26.

§ 71 ustawy o statusie sędziego

Obowiązywanie ustawy o statusie urzędnika [w stosunku do sędziów krajowych – uwaga M.B.]

O ile ustawa ta nie stanowi inaczej, w odniesieniu do statusu sędziego w służbie kraju związkowego obowiązują odpowiednio przepisy o ustawie urzędnika.

W ustawie z 1961 r. znajduje się rozdział trzeci zatytułowany „Richter-verhältnis”, zawierający przepisy §§ 8-24, które odnoszą się do m.in.: formy prawnej sprawowania urzędu sędziowskiego – mianowanie dożywotnie, mianowanie na czas określony, mianowanie na próbę, mianowanie sędziego, który zachowuje status urzędnika państwowego: aktu mianowania, nieważności mianowania, cofnięcia mianowania, nazw urzędów sędziowskich, zwolnienia ze stosunku służbowego.

§ 8 ustawy o statusie sędziego wymienia aż cztery dopuszczalne w świetle ustawy rodzaje trwałego stosunku prawnego, w którym pozostaje sędzia, a który w skrócie nazywany jest również statusem sędziego. Jest to sędzia dożywotni, sędzia na czas określony, sędzia na próbę oraz sędzia na zlecenie. Cztery powyższe formy statusu sędziego nie zostały zdefiniowane ustawowo, ale w każdym wypadku sędziemu przysługuje niezawisłość sędziowska. Regułą w RFN jest mianowanie dożywotnie. Natomiast w przypadku sędziów na czas określony, czas ten musi być wystarczająco długi, by zagwarantować niezawisłość sędziowską. FTK w przypadku sędziów honorowych określił okres mianowania na co najmniej 4 lata, co zostało jednak zakwestionowane przez ETPrCz⁹¹. Specyfiką niemieckiego systemu jest sprawowanie urzędu sędziowskiego na próbę, wcześniej stosowano nazwę asesor sądowy (niem. *Gerichtsassessor*). Jest to typowy status osoby zaczynającej karierę sędziowską. Sędzia na próbę posiada niezawisłość materialną, ale ograniczoną niezawisłość osobową, gdyż w okresie „próby” musi udowodnić swoją zdolność do pełnienia urzędu, co wiąże się m.in. czy to z częściej przeprowadzaną oceną służbową, czy to z obowiązkiem uczestniczenia w szkoleniach zawodowych, a także z większymi możliwościami zwolnienia takiego sędziego, co zostało przewidziane w przepisie szczególnym – § 22 ustawy o statusie sędziego. Przepisy dotyczące statusu sędziego na próbę uzyskały szczególne znaczenie w związku ze zjednoczeniem RFN, gdyż wszyscy sędziowie,

⁹¹ FTK najpierw dopuścił mianowanie na 6 lat (BVerfGE 14, 6, 70 n.), a następnie na 4 lata (BVerfGE 18, 241, 255). Europejski Trybunał Praw Człowieka uważa 4-letni okres sprawowania urzędu za zbyt krótki. Jednakże niezawisłość sędziowska nie zostanie naruszona, jeśli jej pozostałe istotne gwarancje będą realizowane, wyrok z 3 maja 2007 r., 3942/8934-40, Irfan Bayrak przeciwko Turcji.

którzy pełnili swój urząd w NRD⁹², zostali na podstawie umowy zjednoczeniowej zatrudnieni na próbę⁹³. Ze statusem sędziego na próbę koresponduje § 10 ust. 1 ustawy o statusie sędziego – mianowanie na sędziego dożywotniego jest możliwe, jeśli dana osoba po uzyskaniu zdolności do pełnienia urzędu sędziowskiego, pełniła ten urząd co najmniej przez trzy lata.

2.1. Organy samorządu sędziowskiego

Administrowanie sądami nie zostało powierzone jedynie organom władzy wykonawczej lub organom im podporządkowanym, ale także w ograniczonym zakresie organom samorządu sędziowskiego. Do organów samorządu sędziowskiego należy przede wszystkim prezydium sądu oraz rady sędziów, posiadające prawo do współdecydowania o sprawach sądów, przy zachowaniu prawa do ostatecznego podjęcia decyzji przez organ władzy wykonawczej.

2.1.1. Prezydium sądu

Prezidia sądów stanowią trwałe element sądownictwa niemieckiego od momentu uchwalenia ustaw dotyczących ustroju sądów w XIX w. W związku z powyższym przepisy dotyczące tego organu znajdują się w ustawie o ustroju sądów powszechnych z 1877 r. W zakresie prezydium istotna nowelizacja nastąpiła w ustawie z 22 września 1999 r. w celu wzmocnienia niezawisłości sędziów i sądów⁹⁴. § 21a ustawy o ustroju sądów wprowadza obligatoryjność prezydium, a także gwarantuje monopol sędziowski w zakresie jego składu. Wielkość prezydium zależy od wielkości sądu i może liczyć od 4 do 10 członków, nie licząc prezesa sądu. **Wybór prezydium następuje na podstawie § 21a ust. 1-4 ustawy o ustroju sądów w wyborach tajnych i bezpośrednich, w których obowiązek udziału mają wszyscy zatrudnieni w danym sądzie sędziowie.** Przy czym nowela ustawy o ustroju sądów z 1999 r. wzmocniła zasadę równorzędności sędziów i ograniczyła rolę przewodniczących. F. Wittreck stwierdza, iż obowiązek ten wskazuje na to, że prezydium nie tylko powoływane jest jako organ samorządu, ale w interesie wymiaru sprawiedliwości jako takiego⁹⁵.

⁹² I.S. Kowalczyk, *Vom Rechtsbeuger zum Rechtsanwalt – Die Karriere von DDR-Juristen*, www.bppb.de/geschichte/deutsche-einheit/kontraste/42474/karriere-von-ddr-juristen (dostęp 5.10.2018).

⁹³ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 8 Rechtsformen des Richterdienstes, nb. 1-7; traktat zjednoczeniowy, załącznik I, rozdział II, dział A rozdział III nr 8 lit. o w związku z § 45 ust. 1 ustawy o statusie sędziego NRD.

⁹⁴ BGBl. 1999 I, s. 2598.

⁹⁵ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 357.

Członkowie prezydium powoływani są na okres czterech lat. **Celem powołania prezydium jest ochrona niezawisłości sędziowskiej poprzez powierzenie prezydium zadania rozdziału obowiązków służbowych w ramach sądu** i realizacji na podstawowym poziomie konstytucyjnego prawa jednostki do dostępu do ustawowego sędziego z art. 101 ust. 1 UZ. Z tego względu omawiane przepisy należy przede wszystkim rozpatrywać jako gwarancję interesu publicznego, a nie jednostkowego sędziego⁹⁶. Ustawa przewiduje również rozwiązania mające chronić niezawisłość sędziowską w relacjach prezydium-sędzia, m.in. poprzez możliwość uczestniczenia sędziów w obradach prezydium (§ 21e ust. 8 ustawy o ustroju sądów), prawo do wyrażenia opinii przez sędziów przed przydziałem spraw lub miejsca w składzie orzekającym (§ 21e ust. 2 i 5 ustawy o ustroju sądów). Wspomniane powyżej uprawnienia zdaniem F. Wittrecka w sposób niewystarczający chronią niezawisłość sędziowską. Sędziowie w związku z kompetencjami prezydium do przydziału spraw dysponują możliwością wniesienia skargi do sądu administracyjnego na podstawie § 43 ustawy o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁹⁷.

Dalszą istotną kompetencją prezydiów jest współudział w obsadzie sądów służbowych dla sędziów. Zgodnie z przepisem ramowym § 77 ust. 3 zd. 1 ustawy o statusie sędziego, członkowie sądów dyscyplinarnych są wybierani przez prezydium sądu, przy którym sąd dyscyplinarny został ustanowiony.

2.1.2. Rady prezydialne, rady sędziów oraz krajowe komisje osobowe

W § 72 nn. ustawy o statusie sędziego ustawodawca federalny zobowiązał kraje związkowe do zapewnienia **elementów współdecydowania o niektórych sprawach związanych z władzą sądowniczą i ustanowienia dwóch organów przedstawicielskich sędziów: rad prezydialnych oraz rad sędziów.** Organy te nie posiadają jednak własnych kompetencji decyzyjnych, a jedynie uczestniczą w podejmowaniu decyzji przez organy służbowo nadrzędne, a więc organy władzy wykonawczej w krajach związkowych. Jednocześnie kraje związkowe nie mogą ustanawiać innych niż przewidziane w federalnej ustawie o statusie sędziego organów reprezentacji zawodowej czy samorządu zawodowego, w szczególności rad zajmujących się **rzeczywistym administrowaniem sądami** (niem. *Justizrat, Justizverwaltungsrat*), któ-

⁹⁶ Th. Schuster, GVG § 21a [Präsidium] w: *Münchener Kommentar zur StPO*, Bd. 3/2, Monachium 2018, 1 wyd., nb. 1-2.

⁹⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 358.

rych utworzenie postulowane jest w dyskusjach polityczno-prawnych⁹⁸. Rady prezydialne współuczestniczą w podejmowaniu decyzji o wybranych sprawach osobowych, rady sędziowskie współuczestniczą w decydowaniu o kwestiach socjalnych i innych ogólnych sprawach dotyczących sędziów, ponadto przedstawiciele sędziów biorą udział w krajowych komisjach osobowych (niem. *Landespersonalausschuss*).

Rada prezydialna zgodnie z § 74 ustawy o statusie sędziego powinna być powołana dla każdej dziedziny sądownictwa w kraju związkowym, a jej członkami są: prezes sądu jako jej przewodniczący oraz sędziowie, przy czym co najmniej połowa członków rady prezydialnej musi pochodzić z wyborów. Zgodnie z § 75 ustawy o statusie sędziego **do właściwości rady prezydialnej należy współudział w podejmowaniu decyzji o awansie zawodowym sędziów i przygotowanie pisemnej i uzasadnionej opinii o przydatności osobistej i zawodowej danego kandydata**. Kraje związkowe mogą przekazać radzie prezydialnej dalsze obowiązki, zachowując jednak zasadę, iż kompetencje do podjęcia ostatecznej decyzji posiada rząd krajowy⁹⁹.

Rada sędziów zgodnie z § 72 ustawy o ustroju sądów powszechnych wybierana jest w wyborach tajnych i bezpośrednich przez samych sędziów, a jej kompetencje zgodnie z § 73 nr 1 ustawy o ustroju sądów polegają na udziale w sprawach ogólnych i socjalnych dotyczących sędziów.

⁹⁸ *Deutsches Richtergesetz* (DRiG), Vorbemerkung zu §§ 72-75 Rn. 1, beck-online (dostęp 25.09.2018).

⁹⁹ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 75 Aufgaben des Präsidialrats, nb. 2-3.

3. Antecedencje historyczno-prawne

Wielu autorów postrzega historię najnowszą Niemiec jako źródło napięć pomiędzy konstytucyjną zasadą demokracji, zasadą podziału władzy, zasadą niezawisłości sędziowskiej a istotnym wpływem władzy wykonawczej na funkcjonowanie władzy sądowniczej. Ustawa o ustroju sądów z 27 stycznia 1877 r.¹⁰⁰, która wraz z innymi ustawami dotyczącymi sądownictwa weszła w życie 1 października 1879 r., powstała w okresie, kiedy Niemcy nie były ani państwem nowoczesnym w aspekcie ustrojowym, ani tym bardziej państwem w pełni demokratycznym¹⁰¹. Przedmiotowa ustawa obowiązuje pod dziś dzień. Wspomniana ustawa stanowiła zamknięcie pewnego etapu kształtowania się niemieckiego systemu sądowego, a w szczególności rozdziału funkcji orzeczniczej od sprawowania władzy wykonawczej i łączącej się z tym rozdziałem gwarancji niezawisłości sędziowskiej. W szczególności § 1 ustawy o ustroju sądów z 1877 r. gwarantuje niezawisłość rzeczową sądów, a § 8 ustawy wybrane aspekty niezawisłości osobistej¹⁰². Ustawa wprowadziła **organizację sądownictwa, wzorując się na modelu silnie zhierarchizowanym**¹⁰³. Model ten oparty jest na **administrowaniu sądami przez władzę wykonawczą, która deleguje część swoich zadań na poziom zarządu sądami (niem. *Gerichtsvorstand*), z silną pozycją przede wszystkim prezesów wyższych sądów krajowych (niem. *Oberlandsgericht, OLG*). Władza wykonawcza posiada również kompetencję do mianowania sędziów. W tym okresie dokonuje się wyraźny rozdział sądów i prokuratury, przy czym ta ostatnia zostaje podporządkowana zgodnie z modelem pruskim właściwemu ministerstwu (§ 147 ustawy o ustroju sądów)**. Jednocześnie w tym samym okresie rozpoczyna się działalność stowarzyszenia sędziów i ich działalność publicystyczna. Od 1909 r. wydawana jest „Deutsche Richterzeitung” (pol. „Niemiecka Gazeta Sędziów”). Jak zauważa F. Wittreck, tematyka polityczno-publicystycznych wystąpień sędziów zasadniczo się nie zmieniła i dotyczy przede wszystkim gwarancji niezawisłości sędziowskiej¹⁰⁴.

Powyższy model, wprowadzony w 1879 r., nie został w zasadniczy sposób zmieniony w konstytucji weimarskiej z 1921 r. Co prawda, art. 102 konstytucji

¹⁰⁰ niem. *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), 1877 RGBl., s. 41, w brzmieniu obecnie obowiązującym z 1 stycznia 1975 r., BGBl. I, s. 1077.

¹⁰¹ H.A. Winkler, *Długa droga na Zachód. Dzieje Niemiec 1806-1933*, t. I, Wrocław 2007, s. 213 nn.

¹⁰² F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 47.

¹⁰³ W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, s. 4.

¹⁰⁴ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 50 n.

weimarskiej¹⁰⁵ gwarantował niezawisłość sędziowską w aspekcie rzeczowym, a w art. 104 w aspekcie osobowym, ale sędziowie nadal podlegali przepisom regulującym status urzędnika, a administrowanie sądami pozostało w gestii organów władzy wykonawczej.

Model „urzędniczy” został wykorzystany i utrwalony w III Rzeszy. Po dojściu do władzy Hitlera dokonano istotnej reformy sądownictwa, tzw. jego „rzeszycacji” (niem. *Verreichlichung*), a więc **podporządkowania sądów i administracji sądami krajów związkowych Rzeszy, a konkretnie Ministerstwu Sprawiedliwości Rzeszy.** Na podstawie rozporządzenia z 20 maja 1935 r. o jednolitym uregulowaniu ustroju sądów z 1935 r.¹⁰⁶ dokonano **ujednolicenia nadzoru nad sądami zgodnie z modelem pruskim**¹⁰⁷. W rozporządzeniu o jednolitym uregulowaniu ustroju sądów znalazły się w podtytule IX zatytułowanym „Administracja sądowa” (niem. *Justizverwaltung*) następujące przepisy:

§ 14

(1) Nadzór służbowy sprawuje:

1. minister sprawiedliwości Rzeszy nad wszystkimi sądami, prokuraturami i więziennictwem;
 2. prezesi sądów Rzeszy nad sądem, do którego przynależą;
 3. prezes wyższego sądu krajowego i prezes sądu krajowego nad sądami w jego okręgu, z wyjątkiem sądów wymienionych w pkt. 2;
- sędzia sądu rejonowego posiadający kompetencje nadzorcze nad sądem rejonowym; (...).

C. Löbberth zauważa, że zarówno po 1945 r., jak i po 1949 r. model administrowania sądami przyjęty w 1935 r. został zachowany. Nie powrócono nawet do systemu z okresu republiki weimarskiej. Prezes sądu rejonowego w Lubece stwierdza, iż organizacja sądownictwa w Niemczech w XXI w. dalej opiera się na założeniach nie tylko ustawy o ustroju sądów z okresu cesarstwa, ale również na rozwiązaniach hierarchicznych z okresu III Rzeszy¹⁰⁸.

Coraz liczniejsze opracowania wyraźnie potwierdzają skuteczność tak ukształtowanego modelu sądownictwa w realizacji założeń totalitarnej wła-

¹⁰⁵ niem. *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, z 11 sierpnia 1919 r., RGBl. 1919, s. 1383.

¹⁰⁶ niem. *Gerichtsverfassungsverordnung (GVVO)*, RGBl. 1935 I, s. 403.

¹⁰⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 59 n.

¹⁰⁸ C. Löbberth, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...*, s. 21.

dzy III Rzeszy¹⁰⁹. F. Wittreck wymienia cztery elementy sterowania władzą sądowniczą: 1) politykę personalną, która swoje swoiste uwienczenie znalazła w uchwale Reichstagu Wielkich Niemiec z 26 kwietnia 1942 r.¹¹⁰, w którym nadano Hitlerowi jako „najwyższemu władcy sądownictwa” (niem. *Gerichtsherr*) prawo do zwolnienia każdego sędziego; 2) sterowanie orzecznictwem, m.in. dzięki sprawozdaniom prezesów wyższych sądów krajowych, a także systemowi kontroli prewencyjnej i następczej prezesów sądów oraz tzw. listom sędziowskim (niem. *Richterbriefe*), zawierającym omówienie orzecznictwa, przy czym większość sędziów niemieckich, zdaniem F. Wittrecka, wcale nie potrzebowała sterowania i z własnej woli wydawała wyroki zgodnie ze światopoglądem narodowosocjalistycznym; 3) propagandę prasową oraz 4) rozbudowę struktur paralelnych w stosunku do sądownictwa powszechnego, mianowicie sądownictwa nadzwyczajnego i policyjnego¹¹¹.

Sędziowie współuczestniczyli w funkcjonowaniu zbrodniczego systemu, dokonując masowych naruszeń praw człowieka. W wyroku amerykańskiego Trybunału Wojskowego w norymberskim procesie prawników, który rozpoczął się w 1947 r. po osądzeniu głównych zbrodniarzy wojennych, a w którym oskarżeni byli funkcjonariusze Ministerstwa Sprawiedliwości III Rzeszy, sędziowie sądów specjalnych oraz Trybunału Ludowego, znalazło się następujące stwierdzenie: „Żadnemu z oskarżonych nie zarzucono zamordowania czy maltretowania konkretnej osoby. Gdyby tak było, akt oskarżenia niewątpliwie wymieniałby domniemaną ofiarę. Pojedynczy mord i poszczególne przypadki aktów okrucieństwa nie stanowią punktu oskarżenia. Oskarżonym zarzucono tak bezmierne zbrodnie, że w porównaniu z nimi pojedyncze przypadki czynów przestępczych wypełniających znamiona zbrodni wydają się mało ważne. Mówiąc krótko: **oskarżonym zarzucono świadome uczestnictwo w obejmującym cały kraj i zorganizowanym przez rząd systemie okrucieństw i niesprawiedliwości, popełnianych z naruszeniem przepisów prawa wojennego i praw człowieka, w imię prawa, z powołaniem na autorytet Ministerstwa Sprawiedliwości i z pomocą sądów. Sztylet mordercy był ukryty pod togą prawnika**”¹¹².

¹⁰⁹ L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, Monachium 2003; S. Schädlér, *Das Reichjustizministerium unter Reichsjustizministern Thierack (1942-1945)*, Tybinga 2009; A. Koch, *Der „Huppenkothen-Prozess“. Die Ermordung der Widerstandskämpfer um Pastor Dietrich Bonhoeffer vor den Schranken der Augsburger Justiz*, w: A. Koch, H. Veh, *Vor 70 Jahren – Stunde Null für die Justiz*, Baden-Baden 2017, s. 131 nn.; J. Perels, *Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“*, Frankfurt n. M. 1999, s. 47 nn.

¹¹⁰ RGBl. 1942 I, s. 247.

¹¹¹ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 62 nn.

¹¹² Za N. Frei, *Kariery w półmroku. Hitlerowskie elity po 1945 r.*, Warszawa 2011, s. 195.

Istotnym problemem sądownictwa w RFN był brak dokonania efektywnej weryfikacji sędziów po II wojnie światowej¹¹³. D. Gosewinkel podaje, iż niemieckie sądy karne i wojskowe wydały w czasie II wojny światowej ponad 40 000 wyroków śmierci. Pomiędzy rokiem 1948 a 1968 doszło jedynie do 15 postępowań w sprawie bezprawnie wydanych wyroków, a skazanych zostało tylko dwóch sędziów zawodowych¹¹⁴.

Rada Parlamentarna, która pracowała nad tekstem UZ, była świadoma roli sędziów w systemie władzy III Rzeszy, chciała więc stworzyć „nowy typ sędziego”, wolnego od wpływów wywieranych przez inne organy władzy. Przewodniczący komisji Rady Parlamentarnej, opracowującej rozdział IX UZ zatytułowany „Władza sądownicza”, poseł G.A. Zinn w raporcie tak podsumował obrady komisji: „Istotna nowość w stosunku do konstytucji weimarskiej polega na tym, iż próbowano wyraźnie podkreślić szczególny charakter sędziego jako reprezentanta trzeciej władzy, sądownictwa. Gorzkie doświadczenia za nami dają się wytłumaczyć częściowo tym, że sędziowie byli obciążeni znaczną hipoteką, uwarunkowaną socjologicznie i historycznie, że (...) sędzia, także po podziale władz, pozostał ‘małym urzędnikiem sądowym’”¹¹⁵.

W związku z tym, iż bezpośrednio po II wojnie światowej nie dokonano weryfikacji osób zatrudnionych w sądownictwie, próby weryfikacji środowiska sędziowskiego zostały podporządkowane zasadzie państwa prawa oraz zasadzie nietykalności sędziowskiej, które zostały zawarte w UZ z 1949 r. W efekcie władza sądownicza zachowała prawo do współoceny własnej przeszłości. Ponadto zgodnie z orzecnictwem FSN odpowiedzialność karna spoczywała wyłącznie na sędziach, którzy świadomie i z własnej woli naruszali prawo¹¹⁶. Te wysokie wymagania czyniły karnoprawną drogę oczyszczenia sądownictwa zupełnie nieefektywną. W związku z tym pozostała jednie weryfikacji sędziów zainicjowana z zewnątrz. W 1958 r. podjęto prace nad ustawą o statusie sędziego, a u jej podstaw legła dopiero co uzyskana niezawisłość sędziowska, jak i założenie mocnej i demokratycznej osobowości

¹¹³ H. Rottleuthner, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, Berlin 2010.

¹¹⁴ D. Gosewinkel, *Politische Ahndung an den Grenzen des Justizstaats. Die Geschichte der nationalsozialistischen Justiz im deutschen Richtergesetz von 1961*, w: N. Frei, D. van Laak, M. Stolleis, *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Monachium 2000 (Beck Verlag), s. 60. H. Rottleuthner podaje liczbę 6 wyroków skazujących, idem, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945...*, s. 96.

¹¹⁵ Załącznik do sprawozdania stenograficznego 9. posiedzenia Rady Parlamentarnej 6 maja 1945 r., <http://www.gewaltenteilung.de/1198/> (dostęp 27.09.2018).

¹¹⁶ Wyrok FSN z 7 grudnia 1956 r., sygn. akt 1 StR 56/56 (SchwG Ansbach), „Neue Juristische Woche” 1957, s. 1158.

sędziego, co miało prowadzić do dyskontynuacji w stosunku do niechlubnej przeszłości tego zawodu w III Rzeszy. D. Gosewinkel stawia jednak retoryczne pytanie, jak można było zrealizować takie założenie, przy jednoczesnej kontynuacji personalnej kadry sędziowskiej. Równocześnie pojawiły się silne bodźce zewnętrzne do przeprowadzenia takiej weryfikacji. NRD, oczywiście z przyczyn politycznych, zainicjowała kampanię „Sędziowie krwi”, skierowaną przeciwko sędziom uczestniczącym w wydawaniu wyroków śmierci w czasie III Rzeszy, którzy nadal sprawowali urząd sędziowski w RFN. Kampania ta, w ramach której wskazano ponad 1000 nazwisk takich sędziów, była tym bardziej przekonywająca, iż NRD przeprowadziła weryfikację środowiska sędziowskiego¹¹⁷.

Pomimo to nie przeprowadzono procesu oczyszczenia środowiska sędziowskiego, które nie stanowiło zresztą wyjątku na tle innych grup społecznych RFN¹¹⁸. Było to na pewno uwarunkowane faktem, iż kierownicze stanowiska w Ministerstwie Sprawiedliwości do lat 70. XX w. obsadzone były nadal osobami zaangażowanymi w aparat przemocy III Rzeszy¹¹⁹.

¹¹⁷D. Gosewinkel, *Politische Ahndung an den Grenzen des Justizstaats...*, s. 60 n.

¹¹⁸H. Rottleuthner w rozdziale „Krucze sądownictwo” (niem. *Krähenjustiz*) wymienia sześciu sędziów skazanych za działania w ramach pełnienia urzędu sędziowskiego w czasie II wojny światowej, idem, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945...*, s. 95; M. Greve, *Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren*, Frankfurt 2001, s. 99 nn.

¹¹⁹M. Görtemaker, Ch. Safferling, *Die Akte Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, Monachium 2016, s. 260 nn.

4. Propozycje reform sądownictwa w RFN

Przedstawione powyżej **zagadnienie niezawisłości sędziowskiej w RFN** w perspektywie kompetencji władzy wykonawczej do administrowania sądami **nie jest obecnie przedmiotem szerokiej debaty ani naukowej, ani politycznej, ani publicznej w RFN**, aczkolwiek zagadnienie modelu administrowania sądownictwem pojawiało się już w początkach republiki bońskiej. W 1953 r. 40. Zjazd Prawników Niemieckich zajmował się tą problematyką, jednakże konkluzja była następująca: nie należy sądom gwarantować pełnej samorządności, zwłaszcza poprzez nadanie im prawa do decydowania o powołaniu sędziów w formie kooptacji. Jak zauważa B. Kremer, to **negatywne dla samorządności sędziowskiej rozstrzygnięcie było motywowane brakiem rozliczenia tego środowiska po II wojnie światowej**. Autorka używa określenia *NS-Richterstand*, a więc narodowosocjalistyczny stan sędziowski. **Brak samorządu sędziowskiej grupy zawodowej miał być natomiast kompensowany rozbudowaną koncepcją niezawisłości sędziowskiej**. Dalsza dyskusja dotyczyła m.in. kwestii wpływu sędziów na wielkość budżetu dla organów władzy sądowniczej. W latach 70. XX w. istotnym tematem były rady prezydialne, które miały stać się demokratycznym organem przedstawicielskim sądownictwa, decydującym wspólnie z ministrem sprawiedliwości o awansie zawodowym. Rady prezydialne miały być wyrazem antyautorytarnych tendencji i odrotu od narodowosocjalistycznego państwa opartego na podległości (niem. *NS-Obigkeitsstaat*). **Debata o modelu administrowania sądownictwem rozgorzała ponownie na przełomie XX i XXI w., m.in. w wyniku dążeń władzy wykonawczej do ekonomizacji sądownictwa**. B. Kremer prezentuje stanowisko, iż **koncepcja całkowitej niezależności sądownictwa w formie powołania rady administracji sądownictwa spotkała się ze zdecydowanym sprzeciwem**¹²⁰.

Najbardziej aktywnymi uczestnikami debaty w sprawie niezawisłości sędziowskiej są związki zrzeszające sędziów zatrudnionych w niemieckich sądach. Zarówno Niemiecki Związek Sędziów (niem. *Deutsches Richter-verbund*)¹²¹, jak i Nowe Stowarzyszenie Sędziów (niem. *Neue Richtervereinigung, NVR*) stworzyły projekty nowej ustawy o statusie sędziego. Oba projekty zawierają wspólne elementy: 1) z zakresu właściwości ministerstwa sprawiedliwości zostają wyłączone sprawy osobowe i administracyjne sądownictwa,

¹²⁰ B. Kramer, *Die Selbstverwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 3080 co do próby usunięcia sędziów zaangażowanych w politykę III Rzeszy przy okazji uchwalenia ustawy o statusie sędziego w 1961 r.

¹²¹ http://www.drj.de/fileadmin/pdf/Selbstverwaltung/100325_DRBGesetzentwurf_Selbstverwaltung_der_Justiz.pdf (dostęp 25.09.2018).

2) powołanie sędziów odbywa się przy współdziałaniu parlamentu, 3) sprawy administracyjne sądów zostają powierzone sędziom¹²².

Apele o reformę sądownictwa były podnoszone przed wyborami do Bundestagu w 2017 r. Zarząd federalny NVR wystosował tzw. apel berliński w tej sprawie. W apelu o przeprowadzenie przez nowo wybrany rząd RFN reformy sądownictwa stwierdzono: **„W kontekście kryzysów praworządności w wielu krajach europejskich Nowe Stowarzyszenie Sędziów apeluje do wszystkich partii demokratycznych w następnym Bundestagu, by zaangażowały się na rzecz instytucjonalnej niezawisłości sądownictwa w rozumieniu ustroju sądów zgodnego z europejskimi standardami. Słusznie należy do fundamentalnych zasad państw zjednoczonych w Unii Europejskiej ich zobowiązanie nie tylko do materialnego zagwarantowania porządku praworządnego, ale także do umocowania instytucjonalnego zasady podziału władzy. Od wszystkich państw kandydujących żąda się, by swoje sądownictwo zorganizowały ściśle zgodnie z zasadami podziału władzy. O powołaniu, awansowaniu i zwolnieniu sędzin i sędziów ma decydować nie rząd, ale niezależna rada sądownictwa. Jak Niemcy mogą wiarygodnie twierdzić, że na przykład Polska ryzykuje wypowiedzeniem podstaw swojego członkostwa w Unii Europejskiej poprzez wykonanie ustaw uchwalonych przez Sejm w celu reformy sądownictwa, jeśli wystarczy, by partia rządząca [w Polsce – uwaga M.B.] wskazała jedynie na federalną konstytucję, by móc wykazać niekonsekwentne zachowanie [strony niemieckiej – uwaga M.B.]. Okoliczność, iż w Niemczech panuje kultura, w której polityka, przynajmniej w sposób otwarty, nie miesza się do zagadnień orzekania, nie uzasadnia tego, by rezygnować z przebudowania ustroju sądów. Republika Federalna Niemiec jako członek UE może żądać w sposób wiarygodny przestrzegania przedmiotowych zasad przez podmioty trzecie, jeśli sama się w ten sposób zorganizuje. Dlatego domagamy się zaangażowania na rzecz tego, by niemiecki system sądownictwa odpowiadał zasadom podziału władzy, co należy od dawna do standardu europejskiego”**¹²³.

W umowie koalicyjnej zawartej na początku 2018 r. pomiędzy CDU, CSU i SPD¹²⁴ został zawarty rozdział X zatytułowany „Silne i zdolne do działania państwo dla wolnego społeczeństwa”, a punkt 1 tego rozdziału nosi tytuł „Pakt dla państwa prawa”. W odniesieniu do sądownictwa sformułowano następujące

¹²² W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, s. 10.

¹²³ https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/BuVo-2017-09_Berliner_Appell.pdf

¹²⁴ https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=174B5F4D7B5EE12621A1A47ECE1A5A0Fs1t2?__blob=publicationFile&v=6 (dostęp 26.07.2018).

cele: 1) zatrudnienie 2000 sędziów w sądach federalnych oraz krajowych, jak i odpowiedniego personelu administracyjnego, 2) kontynuowanie digitalizacji, 3) wzmocnienie kompetencji interkulturalnych, 4) wzmocnienie świadomości historycznej narodowosocjalistycznego bezprawia oraz włączenie dyskusji o bezprawiu sądowym do programu kształcenia prawników. W umowie brak jest jednak jakiegokolwiek odniesienia do postulatów reformy sądownictwa formułowanych przez związek sędziów.

Jak już powyżej wspomniano, zagadnienie pełnej realizacji zasad konstytucyjnych oraz wprowadzenia elementu samorządu sędziowskiego w RFN pojawia się w kontekście reform sądownictwa w Polsce. W związku z tym środowiska prawnicze w RFN dochodzą do bardzo ciekawych wniosków, tak jak w przypadku konferencji pod tytułem „Niezależne sądownictwo? Niemieckie i europejskie tradycje administracji sądowej” zorganizowanej przez Stowarzyszenie Forum Historii Sądownictwa (niem. *Forum Justizgeschichte e.V.*) w czerwcu 2018 r. W zaproszeniu na konferencję sformułowano tezę, iż reforma sądownictwa w RFN jest konieczna również dlatego, że obecnie, przede wszystkim w zakresie administrowania sądami, nie odpowiada ono standardom europejskim, a zasady funkcjonowania niemieckich sądów są wykorzystywane jako argument przez stronę polską¹²⁵.

Kolejnym interesującym aspektem ograniczonej debaty w RFN na temat niezawisłości sędziowskiej jest to, iż głos w debacie zabierają najczęściej sami sędziowie. Wiele tekstów, na których zostało oparte to opracowanie, zostało przygotowanych przez sędziów wyrażających się nieraz bardzo krytycznie o realizacji w praktyce niektórych aspektów niezawisłości sędziowskiej w RFN, *vide* E. Schmidt, prezes sądu administracyjnego w Stande, H. Sendler, prezes FSA, B. Kremer, sędzina sądu krajowego we Freiburgu, A. Tietz, prezes sądu rejonowego w Wohlfartshausen, C. Löbbert, prezes sądu rejonowego w Lubece. Często taka refleksja przychodzi niejako *post factum*, po przejściu sędziego w stan spoczynku, np. W. Nesković, sędzia w stanie spoczynku FSN.

4.1. Projekt DRB ustawy krajowej o samorządności sądownictwa

DRB na początku lutego 2010 r. przedstawiła projekt ustawy prawa krajowego mający na celu wprowadzenie samorządu do sądownictwa, który nie został do tej pory wprowadzony w życie, ale nadal stanowi aktualną propozycję

¹²⁵ <http://www.forumjustizgeschichte.de/wp-content/uploads/2018/05/Flyer-Unabh%C3%A4ngige-Justiz.pdf> (dostęp 16.07.2018).

części środowiska sędziowskiego. 11 września 2018 r. na stronie DRB opublikowane zostało stanowisko Związku zatytułowane „Trzecia władza musi rządzić się sama”¹²⁶, w którym stwierdza się, iż: 1) sądownictwo oraz prokuratura są uzależnione od władzy wykonawczej, a w wielu krajach związkowych o zatrudnieniu i awansie sędziów i prokuratorów decyduje samodzielnie minister sprawiedliwości, w związku z tym postuluje się podejmowanie decyzji personalnych w ramach samorządu sędziowskiego; 2) sądownictwo uzależnione jest finansowo od Ministerstwa Sprawiedliwości, dlatego postuluje się możliwość przedkładania przez organy samorządu sędziowskiego propozycji budżetu bezpośrednio parlamentowi; 3) DRB przedkładając projekt ustawy o samorządności sądownictwa wskazał, iż wprowadzenie samorządności jest zgodne z UZ i konstytucjami krajów związkowych.

§ 1 projektu ustawy stanowi, iż sądy i prokuratura zarządzają swoją administracją wspólnie i na własną odpowiedzialność. W tym celu zostaje powołana komisja wyboru wymiaru sprawiedliwości oraz rada administracji wymiaru sprawiedliwości na okres kadencji Landtagu. W skład komisji wyboru miałyby wchodzić następujące osoby: przewodniczący Landtagu jako przewodniczący komisji, dziewięciu członków Landtagu, siedmiu sędziów, dwóch prokuratorów i jeden adwokat. Przedstawiciele zawodów prawniczych mieliby być wyłaniani w wyborach przez daną grupę zawodową. Do najważniejszych kompetencji komisji należałby wybór na sześć lat pięciu członków – sędziów i prokuratorów rady administracji wymiaru sprawiedliwości. Zgodnie z § 15 rada byłaby najwyższym organem krajowym administrującym wymiarem sprawiedliwości oraz posiadałaby wyłączną właściwość w zakresie spraw personalnych, łącznie z nadzorem służbowym, spraw budżetowych oraz w zakresie zapewnienia jakości funkcjonowania sądów i prokuratury.

Powyższa propozycja radykalnie zmienia dotychczasowe niemieckie rozwiązania ustrojowe, bo wyłącza z administrowania sądami i prokuraturą ministra sprawiedliwości, powierzając to zadanie radzie administracji wymiaru sprawiedliwości, w której minister w ogóle nie jest reprezentowany. Natomiast połowa członków rady pochodzi z tzw. kooptacji, czyli jest mianowana przez grupy zawodów prawniczych: sędziów, prokuratorów i adwokatów.

Biorąc pod uwagę obecny stan prawny oraz stan dyskusji polityczno-prawnej, powyższa propozycja wydaje się mało realistyczna. Również ocena konstytucyjnoprawna tej propozycji nie jest jednoznaczna. F. Wittreck, który ostatni

¹²⁶ <http://www.drb.de/positionen/verbandsthemen/selbstverwaltung-der-justiz/> (dostęp 25.09.2018).

rozdział swojej obszernej pracy poświęconej administrowaniu władzy sądow-
niczej zatytułował „**Samorządność trzeciej władzy jako błędna droga**” (niem.
Die Selbstverwaltung als Irrweg), następująco ocenia projekt DRB: 1) pro-
jekt nie zapewnia wystarczającej legitymacji demokratycznej orzecznictwu
oraz stwarza istotne niebezpieczeństwa dla niezawisłości pojedynczych
sędziów, 2) z konstytucyjnoprawnego punktu widzenia samorządność trze-
ciej władzy należy odrzucić, gdyż zastępuje wpływ partii politycznych wpły-
wem związków zawodowych i tworzy podsystem, który nie będzie kiero-
wany przez żaden organ państwa legitymowany demokratycznie¹²⁷.

5. Podsumowanie

W UZ znajduje się z jednej strony zasada demokracji, podziału władzy i gwa-
rancji niezawisłości sędziowskiej, z drugiej strony przepis gwarantujący wpływ
ministra sprawiedliwości na proces powołania sędziów. W związku z tym już na
poziomie niemieckich przepisów konstytucyjnych występuje relacja napięcia
pomiędzy powyżej wymienionymi zasadami a kompetencjami organów wła-
dzy wykonawczej do administrowania sądownictwem, zwłaszcza do miano-
wania sędziów, ich oceny służbowej oraz awansowania. Przy czym powyższe
kompetencje organów władzy wykonawczej wiążą się z zagadnieniem ograni-
czonej legitymacji demokratycznej sędziów. Silne przenikanie się władzy wyko-
nawczej i władzy sądowiczej zostaje jeszcze pogłębione poprzez dozwoloną
z punktu widzenia ustawy o statusie sędziego działalność polityczną sędziów
i ich przynależność do partii politycznych.

Rozwiązania przyjęte w niemieckim ustawodawstwie odpowiadają mode-
lowi administrowania sądownictwem, który został ukształtowany jeszcze
w państwie pruskim, zresztą federalna ustawa o ustroju sądów pochodzi z 1877 r.
W systemie tym nie ma miejsca na organy samorządu sędziowskiego, a więc
nie istnieje organ reprezentujący sędziów, który posiadałby decydujący wpływ
na administrowanie sądami, a zwłaszcza mianowanie i awansowanie sędziów.
Brak jest organu odpowiadającego Krajowej Radzie Sądownictwa, a wobec tego
RFN nie jest członkiem Europejskiej Sieci Rad Sądownictwa.

Wobec powyższego stanu prawnego i faktycznego zaskakująca jest aktyw-
ność organów niemieckiej władzy państwowej, w szczególności prezesa FTK

¹²⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 687.

A. Voßkuhle¹²⁸ oraz prezes SN B. Limperg¹²⁹ na rzecz obrony zasady państwa prawa w Polsce. Jednocześnie niemieckie związki sędziów wykorzystują debatę polityczną wokół Polski jako okazję do podnoszenia postulatów wprowadzenia samorządu sędziowskiego w RFN. Należy wskazać, iż nauka prawa niemieckiego podchodzi w sposób zróżnicowany do zagadnienia „demokratyzacji sądownictwa”. W wielu opracowaniach system kooptacji, a więc decydowania przez samych sędziów, którzy nie zostali wybrani przez parlament do organu „wyborczego”, o powołaniu lub awansowaniu sędziów, jest uznawany za niezgodny z zasadą demokracji. F. Wittreck w fundamentalnej monografii poświęconej administrowaniu trzecią władzą określa zaś wprowadzenie samorządu sędziowskiego jako „błędną drogę”.

Z punktu widzenia interesów Polski warte uwagi są natomiast rozwiązania prawne przyjęte w prawie niemieckim, a odnoszące się do zagadnienia ustawowej zmiany wieku, w którym sędziowie przechodzą w stan spoczynku¹³⁰.

¹²⁸A. Voßkuhle, *Rechtsstaat und Demokratie*, „Neue Juristische Woche” 2018, s. 3154.

¹²⁹ Prezes Federalnego Trybunału RFN B. Limperg poparła M. Gersdorf, prezes polskiego Sądu Najwyższego, <https://www.dw.com/pl/prezes-federalnego-trybuna%C5%82u-rfn-limperg-popar%C5%82a-gersdorf/a-4475509> (dostęp 29.08.2018).

¹³⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, s. 50 nn.

Streszczenie

- W RFN występuje mocne powiązanie władzy wykonawczej z władzą sędziowską. **Władza wykonawcza – minister sprawiedliwości zarówno na poziomie Federacji, jak i krajów związkowych, posiada decydujący wpływ na mianowanie sędziego, jego ocenę oraz awans zawodowy, a także na finansowanie sądów.** Ze względu na federacyjną strukturę państwa, w poszczególnych krajach związkowych występują różnice w zakresie administrowania sądownictwem, przy jednoczesnym zachowaniu decydującego wpływu przez egzekutywę. Ten silnie zhierarchizowany system został ukształtowany na podstawie modelu pruskiego w XIX w.; znalazł swój wyraz w **ustawie o ustroju sądów z 1877 r., która obowiązuje po dziś dzień.**
- Sędziowie reprezentowani są w prezydiach sądów, radach prezydialnych i radach sędziów, które posiadają ograniczone kompetencje. Prezydium decyduje o rozdziale spraw, rady prezydialne przygotowują umotywowane opinie pisemne dotyczące przydatności osobistej i zawodowej kandydata do awansu zawodowego.
- **W systemie niemieckim nie istnieje organ odpowiadający polskiej Krajowej Radzie Sądownictwa, samorząd sędziów formalnie nie posiada wpływu na administrowanie sądami. RFN nie jest członkiem Europejskiej Sieci Rad Sądownictwa.**
- W RFN działają **stowarzyszenia sędziów**, m.in. *Deutscher Richterbund* (DRB) i *Neue Richtervereinigung* (NRV), które **aktywnie lobbują na rzecz wprowadzenia samorządności w administrowaniu sądami**, wykorzystując w tym zakresie przykład Polski: „**Jak Niemcy mogą wiarygodnie twierdzić, że na przykład Polska ryzykuje wypowiedzeniem podstaw swojego członkostwa w UE poprzez wykonanie ustaw uchwalonych przez Sejm w celu reformy sądownictwa, jeśli wystarczy, by partia rządząca [w Polsce – uwaga M.B.] wskazała na konstytucję Federacji, by móc wykazać niekonsekwentne zachowanie [strony niemieckiej – uwaga M.B.]”.**
- W związku ze specyfiką niemieckich rozwiązań ustrojowych **dziwi brak debaty europejskiej dotyczącej ich zgodności ze standardami unijnymi.**
- Przepisy prawa niemieckiego **pozwalają na prowadzenie działalności politycznej przez sędziów oraz na przynależenie do partii politycznych. Sędzia może pełnić swój urząd i jednocześnie pełnić funkcję w ramach samorządu**

komunalnego. Znane są przypadki płynnego przejścia sędziego do polityki oraz polityka na urząd sędziego.

- W kontekście dozwolonej w świetle prawa niemieckiego działalności politycznej sędziów oraz decydującego wpływu na powołanie sędziów organów władzy wykonawczej, interesujące pytanie sformułował w 1995 r. ówczesny Prezes Federalnego Sądu Administracyjnego H. Sendler: „Jak wielu sędziów najwyższych sądów federalnych, posiadających legitymację partyjną (...), przystąpiło do partii ze względu na swoje rzeczywiste przekonania, a nie z czystego oportunistu?”¹ Pytanie to nie dotyczy zresztą wyłącznie sędziów federalnych, a także sędziów krajowych.
- Sędzia federalny przechodzi w stan spoczynku po osiągnięciu ustawowej granicy wieku, która wynosi zasadniczo 67 lat. W związku z podwyższeniem wieku emerytalnego z 65. na 67. rok życia przepisy prawa niemieckiego zawierają obszerne przepisy przejściowe, zasadniczo przesuujące przejście w stan spoczynku o miesiąc dla każdego rocznika, poczynając od 1947 r. Podobne regulacje przyjęło wiele krajów związkowych.
- RFN nie dokonała po zakończeniu II wojny światowej weryfikacji sędziów III Rzeszy, którzy w większości współuczestniczyli w funkcjonowaniu aparatu terroru, a w Federalnym Ministerstwie Sprawiedliwości, podobnie jak w innych organach władzy państwowej, zatrudnieni byli dawni urzędnicy III Rzeszy.

¹ H. Sendler, *Unabhängigkeit als Mythos?* „Neue Juristische Woche” 1995, s. 2467.



**Selected Legal Aspects
of Judicial Independence
in the Federal Republic
of Germany**

Introduction

Judicial independence is to guarantee the neutrality of the judge and the objectivity of the process of law. Although it is an essential principle of the state system, it is threatened by infringements or restrictions coming from various parties: participants in court proceedings, state authorities, press and media, social groups as well as various types of associations and unions. However, the subject matter of this study will be **the principle of judicial independence in a narrower sense, i.e. as the independence of the judiciary from the state authorities** (German *Staatsunabhängigkeit*)¹.

The Basic Law of the Federal Republic of Germany of 23 May 1949² contains a number of provisions which are directly or indirectly related to the principle of judicial independence in a narrow meaning:

- the principle of democracy and separation of powers (Art. 20 of BL),
- guarantee of judicial independence (Art. 97 of BL).

These provisions provide a constitutional basis for ensuring the independence of the judiciary, in particular vis-à-vis the executive. In the opinion of many representatives of the German judiciary, the introduction of elements of professional self-government would be an important link between these principles and would moreover contribute to a full implementation of these constitutional principles. However, the Basic Law sections directly related to the judiciary, i.e.:

- Art. 95 of BL (federal courts)
- Art. 98 of BL (legal status of a federal and Land judge)

contain provisions based on the **approach to the judiciary, characteristic of the Federal Republic of Germany, as part of the state system, with a strong position of the Federal Minister for Justice and the *Länder* Ministers for Justice. In this respect, therefore, the BL regulations are not entirely consistent. On the one hand, the BL introduces the principle of separation of powers and judicial independence, but on the other hand it stipulates a very strong link with the executive power**³. It should also be noted that the

¹ N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit*, „Neue Juristische Woche“ 1985, p. 3041.

² German *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, BGBl. [German *Bundesgesetzblatt*, federal journal, the law], p. 1. The paper is based on the wording of 13 July 2017 (BGBl. I, p. 2347).

³ W. Nešković, *Sine spe ac metu, Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz*, Vortrag während der „Tagung Ökonomisierung der Rechtspflege – Risiken und Nebenwirkungen“

aforementioned idea of the self-government of judges, as a necessary complement to the principle of democracy from the perspective of the principle of tripartition of power, is criticised. This critique was most emphatically voiced by F. Wittreck in his fundamental work entitled *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*⁴ (English: Administration of the third power), who observed that **the self-governance of a third power is an erroneous solution which is not compatible with the German federal constitutional state**⁵.

Germany is a federal state, and the BL delimits the scope of competences of the Federation and the *Länder*. Under Art. 92 of BL **judicial power is vested in judges and is exercised by the Federal Constitutional Court, the federal courts provided for in the Basic Law and the courts of the *Länder***. Under Art. 92 of BL, there are also judges of federal courts and judges of the courts of the *Länder*⁶. Furthermore, the court system is based on the division into **ordinary and specialized jurisdiction courts: of administrative, financial, labour and social jurisdiction, as well as constitutional courts. The last courts operate at both the federal level and at the level of the *Länder***. Art. 95 para. 1 of BL stipulates that the supreme courts are set up at the federal level and include: Federal Court of Justice (German *Bundesgerichtshof*, BGH), Federal Administrative Court (German *Bundesverwaltungsgericht*, BVerwG), Federal Finance Court (German *Bundesfinanzhof*, BFH), Federal Labour Court (German *Bundesarbeitsgericht*, BAG), and Federal Social Court (German *Bundessozialgericht*, BSG).

The judiciary under Art. 74 para. 1 no. 1 of BL (court organisation and procedure) and Art. 74 para. 1 no. 27 of BL (legal status of judges, except for their career regulations, remuneration and pensions) **are matters of concurrent legislative powers of the Federation and the *Länder*, and therefore can be regulated by federal laws and the laws of the *Länder*, with the Federation having the primacy of executing the statutory competence**. Art. 98 of BL, in turn, addresses directly the status of federal judges and the judges of the *Länder*. This study will mainly cite the provisions of federal laws, e.g. the federal Judiciary

der Evangelischen Akademie in Bad Boll vom 17.-9. November 2010, p. 1, 4, https://www.ev-akademie-boll.de/fileadmin/res/otg/doku/520910-Ne_kovic.pdf (access 16.07.2018); differently B. Kramer, *Die Selbstverwaltung der Dritten Gewalt*, „Neue Juristische Woche“ 2009, p. 3081 ff.

⁴ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt*, Tübingen 2006, p. 883.

⁵ *Idem*, p. 660, 661.

⁶ § 3 of the law of 8 September 1961 on the status of a judge [German *Deutsches Richtergesetz*, DRiG], in its wording of 19 April 1972, BGBl. I, p. 713 as amended: A judge serves the federation or a Land.

Law of 8 September 1961, but it should be remembered that each Land has a corresponding law which, as it were, complements federal laws.

The primacy of the Federation's legislative powers in the administration of the judiciary corresponds to the competence of the *Länder* to enforce the laws in question, arising from the general principle set out in Art. 30 of BL (exercise of state powers and the discharge of state functions by the *Länder*). The execution of federal laws is, under Art. 84 para. 3 and para. 4 of BL, subject to federal oversight⁷.

F. Wittreck sums up the binding legislation concerning competences as follows: Courts shall be created and administered by the *Länder* on the basis of federal laws. In this respect, there is a parallel solution to the administration: the Federation has an advantage in terms of legislation and the *Länder* in the implementation of these laws⁸.

A separate position is held by the Federal Constitutional Court (German *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, hereinafter as FCC), which, thanks to the involvement in the 1950s of constitutional judges in order to guarantee the strong constitutional position of the FCC, has defined its position as a constitutional body equivalent to the constitutional organs of the legislative and judicial powers⁹. Art. 1 para. 1 of the FCC law¹⁰ sets out that the **FCC is the Constitutional Court of the Federation, autonomous and independent from all other constitutional bodies. This means that, unlike the other courts, it is not answerable to any ministry and has its own budget, subject to parliamentary approval**¹¹.

An interesting issue is the appointment of judges of constitutional courts, currently under discussion in Germany due to the unprecedented judicial appointment by the Land Parliament of Baden-Württemberg on 14 June 2018 of an *AfD* candidate, S. Reger,¹² as a judge of the Constitutional Court of this

⁷ B. Kramer, *Die Selbstverwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 3082.

⁸ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 87.

⁹ This position was made very plain by an FCC justice G. Leibholz in an article from 1957 on the status of the FCC in the judicial system, idem, *Status-Denkschrift, „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“* 1957, No. 6, p. 109; W.M. Góralski, *Miejsce Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w ustroju państwowym RFN*, in: W.M. Góralski, *Polska–Niemy 1945-2009. Prawo i polityka*, Warszawa 2009, s. 96 ff.

¹⁰ *Ustawa o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym* [German *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, BVerfGG] in the wording of 11 August 1993, BGBl. I, p. 1473.

¹¹ M. Bainezyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, Wrocław 2017, p. 108 ff.

¹² German legal language consistently uses female nouns for particular legal professions.

Land¹³. However, this issue will be the subject of a separate analysis provided by the Institute for Western Affairs. Likewise, the present study will not examine the provisions relating to the Federal Constitutional Court itself.

This expert opinion will analyse selected provisions of German federal and Land law relating to the status of a judge in Germany, also in the historical and legal context. In addition, the study will present proposals for legislative changes to implement judicial independence, formulated by the associations of German judges.

¹³ M. Hain, *Ausgrenzen oder integrieren? Verfassungsrichterwahlen mit oder gegen die AfD*, VerfBlog, 2018/7/09, <https://verfassungsblog.de/ausgrenzen-oder-integrieren-verfassungsrichterwahlen-mit-oder-gegen-die-afd/> (access 18.07.2018).

1. Constitutional principles of operation of the judiciary in the Federal Republic of Germany

1.1. The principle of democracy

Under Art. 20 para. 2 of the Basic Law, all state authority is derived from the people and is exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive and judicial bodies. **In light of Art. 20 para. 3 of BL, the judiciary, like the legislature, are bound by the constitutional order. The above provisions of BL are listed in Art. 79 para. 3 of BL, in the so-called perpetual clause, i.e. are immutable provisions which cannot be repealed during the procedure under Art. 79 of BL¹⁴.** At the same time, the provisions are subject to a very broad, extensive interpretation. Of significance for judicial independence is the requirement, set out in Art. 20 of BL, **of legislative, executive and judicial bodies having democratic legitimacy to perform their function.** In this context one uses the term “an unbroken chain of legitimacy” (German *ununterbrochene Legitimationskette*). The FCC stresses¹⁵ that this is no special form of legitimacy (institutional, functional, objective, or personal), but rather its efficiency and level of legitimacy due to the general assessment of all factors¹⁶.

In the case of the judiciary, the situation is so complicated that, in F. Wittreck’s opinion, it would be appropriate to consider separately the democratic legitimacy of the administration of courts and of the jurisdiction. As far as the administration of courts by the ministers of justice is concerned, the democratic legitimacy is preserved. This is not the case for the exercise of power in the form of judges’ jurisdiction. In this case, democratic legitimacy must be modified in so far as it is usually linked to accountability to the sovereign, which cannot be exercised in the same way as in the case of legislative and executive bodies, precisely because of the principle of judicial independence¹⁷.

¹⁴ M. Bainezyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej...*, p. 168 ff.

¹⁵ BVerfGE 47, 253 (275); BVerfGE 107, (87).

¹⁶ S. Huster, J. Rux, GG Art. 20 [Bundesstaatliche Verfassung; Widerstandsrecht] in: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz*, München 2018, 37th edition, nb. 63; F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 116 ff.

¹⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 125.

German doctrine indicates an acute **deficiency of the German legal system with respect to the democratic legitimacy of the judiciary**. One of the remedies indicated to offset this deficiency is e.g. **strengthening organisational and personal legitimacy by ensuring a decisive influence on the judicial appointment of entities with requisite democratic legitimacy**. The role of the executive power in the committee for the selection of judges in the meaning of Art. 98 para. 4 of BL is debatable, however. The issue of judicial selection is one of the most contentious issues when it comes to the discussion of judicial independence in Germany. According to B. Grzeszick, democratic legitimacy of the members of the selection committee would be sufficient if its members representing the judiciary or advocates were elected by Parliament, rather than be bound by lists submitted by these professional groups. It would also be acceptable for the FCC judges and court presidents to be elected by Parliament. Co-optation, i.e. the selection of judges by the judicial community itself, would not be acceptable. In addition, the possibility of strengthening the substantive legitimacy of judges through, *inter alia*, official and disciplinary supervision over judges is mentioned¹⁸.

B. Wittreck believes, in turn, that the election of judges and the decisions about their professional advancement made by an executive body – the Minister of Justice, another minister or the entire government – raises no doubt either with regard to the democratic legitimacy of the judge thus elected or promoted, or with regard to the pursuit of some particular interests, provided that this is in fact a decision taken by the minister and not by the personnel department of the ministry or by the presidents of the courts¹⁹.

Another essential principle arising from Art. 20 para. 2 of BL is the fundamental constitutional principle of the separation of powers, which organises action by a state authority, whose primary objective is to prevent the abuse of state power either by a person or by a state authority. This objective cannot be achieved if one authority is dependent on another authority and the guarantee judicial independence under Art. 97 para. 1 of BL is, then, a direct consequence of Art. 20 para. 2 sentence 2 of BL. **At the same time, the German doctrine points out that each political system has developed a variety of interconnections between state authorities, which hinder the consistent separation of state powers. We can even speak of the principle of interconnections between state authorities** (German *Grundsatz der Gewaltenverschränkung*)²⁰.

¹⁸ B. Grzeszick, Art. 20 GG in: Th. Maunz, G. Dürig (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, München 2018, 82nd edition, nb. 238-243.

¹⁹ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 127 f.

²⁰ B. Grzeszick, Art. 20 GG in: Th. Maunz, G. Dürig (ed.), *Grundgesetz. Kommentar...*, 82nd edition, nb. 32, 34.

1.2. Exclusive authority of judges and courts in the exercise of judicial power

Provisions concerning the judiciary constitute a separate Chapter IX of the Basic Law: *The Judiciary*. It includes 14 provisions, i.e. Articles from 92 through 104. Art. 92 stipulates that the judicial power has been vested in the judges and is exercised by the Federal Constitutional Court, by the federal courts provided for in this Basic Law, and by the courts of the *Länder*. Ch. Hillgruber distinguishes three important regulatory aspects of this provision. Firstly, it directly refers to the principle of separation of powers laid down in Art. 20, para. 2 sentence 2 of BL – **the judiciary powers will be exercised by bodies specific to the legislative and executive branches, although, as the author points out, the Basic Law does not require a complete separation of powers between the judiciary and administration. Some administrative functions can be exercised as supplementary activities by judges.** Secondly, persons exercising judicial powers must have the status of a judge. As a result, under Art. 101 para. 1 sentence 2 of BL citizens have the subjective rights to have their case resolved by a judge provided for in the law. Thirdly, Art. 92 of BL defines the competence of the Federation and of the *Länder* to exercise this power, **in principle entrusting the judiciary to the *Länder*, while the Federation has powers solely in federal courts provided for in BL**²¹.

1.3. Judicial independence

Art. 97 of BL

(1) Judges shall be independent and subject only to the law.

(2) Judges appointed permanently to full-time positions may be involuntarily dismissed, permanently or temporarily suspended, transferred or retired before the expiration of their term of office only by virtue of judicial decision and only for the reasons and in the manner specified by the laws. The legislature may set age limits for the retirement of judges appointed for life. In the event of changes in the structure of courts or in their districts, judges may be transferred to another court or removed from office, provided they retain their full salary.

Judicial independence is addressed directly in the extensive Art. 97 of BL, which contains very detailed normative solutions, the most essential element of

²¹ Ch. Hillgruber, Art. 92 GG in: Th. Maunz, G. Dürig (ed.), *Grundgesetz. Kommentar...*, 82nd edition, nb. 12-15.

the judge's special legal status (see Art. 98 of BL), and is a corollary to the exclusive subordination of the judiciary to the law. This provision protects the judiciary from the influence of third parties and, **along with the exclusive authority of judges to exercise judicial authority under Art. 92 of BL, lays down the institutional foundations of the principle of the rule of law**²². Ch. Hillgruber observes that while **judicial independence as such is a prerogative of an official holding office, it is neither a personal right nor a privilege connected to the position of the judge but is rather a safeguard of indispensable yet functionally dependent freedom, supposed to facilitate the exercise of judicial powers which is adequate from the point of view of the rule of law. In this sense, the special status of a judge is not an end in itself, nor a possession, but serves the general interest in the impartial exercise of judicial power**²³.

While Art. 97 of BL does refer *expressis verbis* to judicial independence, the principle covers also the independence of courts as such, since only a unique merger of the organisational and personal components makes up an independent judiciary in the meaning of the Basic Law. Under Art. 1 of the law of 27 January 1877 on the system of courts,²⁴ the judiciary authority is exercised by independent courts, subject only to the law. Art. 1 of the law on the system of administrative courts²⁵ stipulates that administrative jurisdiction is exercised by independent courts, separate from administrative bodies. Their organisational, functional and personal independence must be guaranteed, with a strict organisational separation which excludes the possibility, common within the hierarchy of the executive, of exercising control over the judiciary²⁶.

1.3.1. Substantive aspect of judicial independence

As in Polish constitutional law, German constitutional law distinguishes between the substantive and personal aspects of judicial independence. **The substantive aspect means the judge's freedom from any direct or**

²² G. Morgenthaler, GG Art. 97 [Unabhängigkeit der Richter] in: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, 37th edition, introduction.

²³ Ch. Hillgruber, Art. 97 GG in: Th. Maunz, G. Dürig (ed.), *Grundgesetz. Kommentar...*, 82nd edition, nb. 4; similarly, H. Sessler, *Unabhängigkeit als Mythos?* „Neue Juristische Woche“ 1995, p. 2464; E. Schmidt, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ 2008, p. 245.

²⁴ German *Gerichtsverfassungsordnung* (GVG) in the wording of 9 May 1975, BGBl. I, p. 1077 as amended.

²⁵ German *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) in the wording of 18 March 1991, BGBl. I, p. 686 as amended.

²⁶ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II: *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, München 1980, § 43 II 4b.

indirect influence exercised by other state authorities or organisational units, including within the court itself, on the course of judicial proceedings²⁷. The safeguard under Art. 97 para. 1 is narrowed down in § 4 para. 1 of the Judiciary Law, pursuant to which **a judge may not simultaneously exercise judicial, legislative and executive powers**. Moreover, § 4 para. 2 of said law lists **exceptions** to the general prohibition under § 4 para. 1 of the law. These include as follows: **1) court administration tasks, 2) other tasks entrusted to courts or judges on the basis of the law, 3) research and teaching tasks, 4) examination cases, 5) chairing arbitration committees between the employing authority and the representative body**. Under § 4 para. 2 No. 1 of the law, administrative jurisdiction covers matters related to the ordinary operation of the court, i.e. personnel matters, including professional supervision, training of court clerks and court staff, but also **drawing up analyses of draft legislation for ministries**, legal aid for foreign and domestic legal institutions, public procurement, including construction investments. However, commentaries draw attention to the fact that § 4 para. 2 of the Judiciary Law should be interpreted as an exception to the general prohibition in § 4 para. 1 of the law in a narrow sense. Likewise, the administrative tasks delegated pursuant to § 4 para. 2 section 2 of the Judiciary Law must be related to the ordinary operation of a court²⁸. Furthermore, judicial independence is addressed in the entire Chapter 4 of the Judiciary Law, while its first article, § 25, reiterates the wording of Art. 97 para. 1 of BL, stipulating that a judge is independent and is subject solely to the law.

Influencing the jurisprudence not only by the legislature and the executive as well as by third parties is in contravention of the Basic Law. E. Schmidt-Aßmann and W. Schenk apply in this context the notion of the **judge's retaining "due distance"**, safeguarded moreover by the provisions of the Judiciary Law, the aforementioned § 4 as well as by § 39 of said law, **according to which a judge, inside and outside his office, including in his political activities, should behave in a manner which would not compromise confidence in his independence**²⁹.

²⁷ E. Schmidt-Aßmann, W. Schenk, *Einleitung*, in: F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Bd. I: *Kommentar*, München 2017, 33rd edition, nb. 40.

²⁸ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz*, Baden-Baden 2012, DRiG § 4 Unvereinbare Aufgaben, nb. 13.

²⁹ E. Schmidt-Aßmann, W. Schenk, *Einleitung*, in: F. Schoch, J.-P. Schneider, W. Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung...*, 33rd edition, nb. 43.

1.3.2. Personal aspect of judicial independence

Art. 97 para. 2 of BL safeguards **personal independence of judges by virtue of their fundamental irrevocability and non-transferability, i.e. the stability of the judicial office**. A judge may not, in principle, be dismissed, temporarily or permanently deprived of his or her office, transferred to another judicial office or retired without his or her will. Since German law provides for different categories of judges, Article 97 para. 2 of BL specifies the addressees of the judicial independence personal guarantee. These guarantees do not apply to honorary judges (§ 1 of the Judiciary Law), judges who hold office as ancillary activity (§ 16 of the Judiciary Law), judges on probation (§ 12 of the Judiciary Law), and contract judges (§ 14 of the Judiciary Law). These groups of judges should, however, be granted a minimum of personal independence so that they retain their substantive independence³⁰.

1.3.2.1. Retirement after reaching retirement age

Art. 97 para. 2 sentence 2 of BL sets out that the legislature may set age limits for the retirement of judges appointed for life. **Art. 97 para. 2 of BL prohibits, however, the introduction of provisions infringing the personal independence of a judge, including provisions which would retroactively shorten the duration of a judge's term of office**³¹.

The Judiciary Law contains specific provisions on the retirement of judges. According to § 48 para. 1 of the Judiciary Law, a federal judge retires after reaching the statutory age limit, which is generally 67 years. At the request of a federal judge, he or she may be retired after reaching the age of 63. § 48 para. 2 of the Judiciary Law stipulates that retirement cannot be postponed, but this provision refers to administrative rather than legislative activities. The age limit was changed in 2009 and was increased from 65 to 67 by the law of 5 May 2009 (BGBl. I S. 160), which entered into force on 12 February 2009. The current § 48 para. 3 of the law contains transitional provisions relating to the increase in retirement age, aimed at reducing the "constitutional law risk", although, as the author of the commentary to this provision notes, a special regulation relating to the age limit, which on the basis of the law of 12 December 1985 (BGBl. I S. 2226) was set at 68 years of age, was in some respects cancelled for

³⁰ G. Morgenthaler, GG Art. 97 [Unabhängigkeit der Richter] in: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, 37th edition, nb. 17-20.

³¹ Ch. Hillgruber, Art. 97 GG in: Th. Maunz, G. Dürig (ed.), *Grundgesetz. Kommentar...*, 82nd edition, nb. 104, 108.

the federal judges. This last age limit was retained for the FCC judges – § 4 para. 3 of the Federal Constitutional Court Law³².

§ 48 para. 3 of the Judiciary Law sets out that federal judges appointed for life, who were born prior to 1 January 1947, reach the normative age limit when they become 65 years old. For federal judges appointed for life who were born after 31 December 1946, the normative age limit shall be raised as follows:

Year of birth	Extension in months	Age limit	
		year	month
1947	1	65	1
1948	2	65	2
1949	3	65	3
1950	4	65	4
1951	5	65	5
1952	6	65	6
1953	7	65	7
1954	8	65	8
1955	9	65	9
1956	10	65	10
1957	11	65	11
1958	12	66	0
1959	14	66	2
1960	16	66	4
1961	18	66	6
1962	20	66	8
1963	22	66	10

As regards judges of the courts of the *Länder*, § 76 of the Judiciary Law provides that judges appointed for life retire after reaching the normative age limit. The law may specify specific age limits after which the judge may be retired at his own request. **This provision gives the *Länder* a great deal of freedom to determine this age limit.** The author of the commentary notes, however, that the *Länder* should comply with the constitutional order to respect judicial independence, which, among other things, means that **in the case of judges already exercising their function, the age limit may be raised or lowered in a general manner laid down by the law. However, in order to protect trust in the law, appropriate transitional provisions should apply. Far-reaching changes to the age limit may infringe EU law in terms**

³² J.F Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 48 Eintritt in den Ruhestand, nb. 1-5.

of discrimination on grounds of age, which the European Commission raised in 2011 in relation to Hungary, where the age limit had been lowered from 70 to 62 years by amending the constitutional provisions³³.

1.3.2.2. Examples of *Länder* law on the retirement of judges after reaching the age limit

Bavarian law on the status of a judge and public prosecutor of 22 March 2018³⁴

§ 7 Retirement

(1) Judges appointed for life shall retire at the end of the month in which they reach the age of 67. Retirement may not be postponed.

(2) A judge appointed for life may be retired on request without the need to prove incapacity to work when:

1. she or he is at least 64 years of age,
2. she or he is seriously disabled in the meaning of § 2 para. 2 of Book Nine of the Social Code (SGB IX) and she or he is at least 60 years of age.

Schleswig-Holstein law on the status of a judge, wording of 23 January 1992³⁵.

§ 3 Retirement due to reaching age limit

(1) Judges appointed for life or for a fixed term shall retire at the end of the month in which they reach the age of 67 (age limit).

(2) Judges appointed for life or for a fixed term, born prior to 1 January 1947, reach the normative age limit the moment they become 65 years old. For judges appointed for life born after 31 December 1946, normative age limit will be raised as follows:

Year of birth	Extension in months	Age limit	
		year	month
1947	1	65	1
1948	2	65	2
1949	3	65	3
1950	4	65	4
1951	5	65	5

³³ J.E Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 76 Altersgrenzen, nb. 2.

³⁴ German *Bayerisches Richter- und Staatsanwalts-gesetz* (BayRiStAG), GVBl. 2018, Haftnummer 5, p. 118.

³⁵ German *Schleswig-Holsteinisches Richtergesetz*.

1952	6	65	6
1953	7	65	7
1954	8	65	8
1955	9	65	9
1956	10	65	10
1957	11	65	11
1958	12	66	0
1959	14	66	2
1960	16	66	4
1961	18	66	6
1962	20	66	8
1963	22	66	10

(3) The highest official body at the request of a judge appointed for life or for a specified period of time, who belong to the group of persons specified in para. 2, postpones the retirement by at least six months, at the latest until the end of the month in which he or she reaches the age of 67. The relevant application must be submitted at the latest six months prior to reaching the age limit. Judges who reach this age limit within six months after 1 January 2014, shall submit their application immediately. For requests for re-allocation of retirement up to its maximum length according to sentence 1, sentences 1 and 2 shall apply.

(4) (...).

1.3.3. Political activities of German judges

According to § 39 of the federal Judiciary Law, a judge in the exercise of his or her office and beyond, including in political activity, should behave in a manner which will not compromise confidence in his or her independence. The content of this provision is surprising as it combines two elements considered to be contradictory in other legal systems, i.e. political activity and judicial independence. In Germany, on the other hand, it is indisputable that a judge may take part in political life, belong to political parties and hold politically prominent positions. The boundary between political activity and trust in judicial independence mentioned in the provision is, however, difficult to determine. Only few very specific cases have so far been resolved in case law and there is no clear relevant jurisprudence. It is unacceptable for judges to take part in illegal blockades, abuse their image, e.g. by appearing in political events in judicial attire, conducting discussions on current political issues in which the judges exercise their authority resulting from the exercise of their

office³⁶. **Admittedly, representatives of the judiciary themselves notice that the freedom of opinion, association or speech enjoyed by a natural person in the case of a judge is in a tense relation to the requirements of the office he or she holds. In this relationship, judicial independence as the primary point of reference, should be understood as an obligation of authority rather than a personal privilege, and the seriousness of the judicial office should take precedence over striving for self-development³⁷.** Practice shows that striking a balance is extremely difficult. E. Kreth, a member of the German Association of Judges (German *Deutsches Richterbund*, DRB) indicates that the currently binding solutions have been debatable since the onset of the Bonn Republic. On the one hand, T. Dehler, an *FDP* member and federal Minister of Justice until 1949, until 1953 was of the opinion that in order to safeguard true independence, “judges must be excluded from the ties and influences of present-day ideological arguments”, while “necessary political abstinence as a visible sacrifice of the judiciary will add to its respect and authority”. In turn, G. A. Zins from *SPD*, a minister and then Prime Minister of Hessen, said that “a bland judicial officer must be replaced by a judge who, having donned a robe of judicial independence, will be a staunch representative of the new democratic and social community. Only a judge who is himself a democrat and has been democratically called to his or her office from the people and appointed by the people can bring democratic legislation to life”³⁸. **The depoliticization of the judiciary did not seem to be an appropriate means of anchoring the judiciary in democracy, and political neutrality was not an indispensable component. The model of a politically engaged judge was chosen. Taking into account the functioning of the Federal Republic of Germany, at least two questions arise. Firstly, whether the adoption of the politically-engaged judge model was justified in view of the lack of accountability of the entire justice system after the Second World War and of the widespread continuation of professional careers by those employed in the judiciary before 1945³⁹ and what was the real source of the judges’ enthusiastic support for a new democratic order - their beliefs or opportunism? Secondly, is the *ratio decidendi* adopted in the**

³⁶ J.E Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 39 Wahrung der Unabhängigkeit, nb. 12.

³⁷ E. Schmidt-Jortzig, *Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaat*, „Neue Juristische Woche“ 1991, p. 2382.

³⁸ Za E. Kreth, *Ethischer Anspruch an den Richterberuf im 21. Jahrhundert Wahrnehmung von Innen und Außen*, p. 2 n., http://www.drb.de/fileadmin/pdf/Ethik/090507_Ethik_Rede_Kreth.pdf (access 18.07.2018).

³⁹ See section 3. Historical and legal antecedents.

pioneer period of the Federal Republic of Germany still relevant? Undoubtedly, despite the lingering doubts, the model of a politically-engaged judge is a model that is well ingrained in the consciousness of the German judiciary. As noted by A. Tietz, a member of the presidium of the DRC, currently director of the district court in Wohlfartshausen: "For us, it is absolutely clear that judges have the right to vote and stand for election, that they can have their political views and express them publicly, and that they can engage in parties and associations as long as they are based on the freedom and democratic order. In other countries (...) this is not the case. When they talk to their colleagues in Canada, the latter are often very surprised when they are introduced to this belief. For them, full political neutrality, not only that related to political party membership, is part and parcel of the image of an independent judge. For us and for our legal culture in Germany, the opposite is the case. In our country we hold that only a judge who is in every respect INSIDE [capital letters in the original] the society has the necessary 'attachment' to decide on situations taking place in this society"⁴⁰.

In light of § 39 of the federal Judiciary Law, the interpretation of § 4 para. 1 of the federal Judiciary Law is hardly surprising. While the provision prohibits the judge from simultaneously exercising judicial and executive powers, in practice, with the acceptance of a part of the doctrine of law and the unclear position of the jurisprudence in this respect, judges are allowed to stand for municipal elections and then to combine the office of a judge with the exercise of power in local government bodies⁴¹. The admissibility of combining the exercise of judicial power with the mandate of a representative of the local community is justified by the fact that a judge in such a case does not exercise executive power and, above all, participates in law-making⁴². The above solutions raise doubts, and very often in the judges themselves. President of the Administrative Court E. Schmidt claims that this type of activity is irreconcilable with the clear wording of § 4 para. 1 of the aforementioned law, especially with regard to the judges of administrative courts who issue decisions concerning acts issued by local self-government bodies⁴³.

⁴⁰ A. Tietz, *Richterliche Ethik – Voraussetzung echter Unabhängigkeit oder Luxus?* p. 3, http://www.drj.de/fileadmin/pdf/Ethik/091109_Ethik_Vortrag_Titz.pdf (access 18.07.2018).

⁴¹ E. Schmidt-Jortzig, *Aufgabe, Stellung und Funktion des Richters im demokratischen Rechtsstaats...*, s. 2377.

⁴² J.F. Staats, *Deutsches Richterrecht...*, DRiG § 4 Unvereinbare Aufgaben, nb.8.

⁴³ E. Schmidt, *Politische Betätigung von Richtern – Ein Beitrag zur Unabhängigkeit der Richter – am Beispiel des § 4 DRiG*, „Zeitschrift für Rechtspolitik 2008“, p. 244 n.

1.3.3.1. Examples of political involvement of German judges

An example of a lack of consistent separation of powers is the career of the current Federal Minister of Justice and Consumer Protection, K. Barley. After completing her law studies and receiving a doctorate in Constitutional Law, K. Barley worked as an attorney at a large law office, and then from 1999 to 2008 was employed in the Science Service of the Rhineland-Palatinate Landtag. During this period, she was delegated as a science assistant to the FCC and served as a judge in the district court in Wittlich and in a Land court in Trier. As of 2005, K. Barley was employed in local self-government and was a member of the board of the Trier-Saarburg district. In 2008, she became a clerk in the Ministry of Justice and Consumer Protection of Rhineland-Palatinate. At the same time, since 1994 K. Barley has been a member of *SPD*, since 2013 she has been an MP (*SPD*) in the Bundestag. Between 2015 and 2017 she was *SPD* secretary general, until her appointment as federal Minister for the Family, Seniors, Women, and Young People⁴⁴. K. Barley not only combined the office of judge with active political engagement, including active participation in local government, but also had to stand out in a special way in the field of her jurisprudence. In Poland, occupational promotion between the district court and the regional court does not take place so fast.

Another interesting case is the professional career of J. Maier. As of 1991, he was a clerk in a ministry in Saxony, since April 1992 a public prosecutor in Dresden. His main interest was the unlawful operation of the Socialist Unity Party in the GDR. As of 1997, J. Maier has been a judge in the Land Court in Dresden. Since 2013, he has been a member of *AfD* and is a member of the party arbitration court in the Land. Since 2017, he has been an MP at the Bundestag⁴⁵. He retired as a judge the moment he was elected an MP. In his political activities he is considered one of the most radical *AfD* MPs, calling e.g. for the end of the “guilt worship” centred around the Holocaust and warns against the

⁴⁴ On the basis of K. Barley’s CV made available on the website of the Ministry of Justice of the Federal Republic of Germany: https://www.bmju.de/DE/Ministerium/Ministerin/Minister_node.html;jsessionid=1906FE68619E098291A6091262D1334D.1_cid334 (access 17.07.2018), as well as on the basis of the CV on K. Barley’s private website, <https://katarina-barley.de/person-2/> (access 17.07.2018).

⁴⁵ On the basis of J. Maier’s CV made available on the website of the Bundestag, <https://www.bundestag.de/abgeordnete/biografien/M/-/521808> (access 19.07.2018).

creation of “mixed nations”⁴⁶. J. Maier has used the term “half-Negro” (German *Halbneger*) and the Public Prosecutor’s Office investigates his case after the Bundestag waived his immunity⁴⁷.

1.4. Choice of judges of federal and *Länder* courts

In the opinion of part of the doctrine, and in particular the judicial circles in Germany⁴⁸, the abovementioned constitutional provisions on the separation of powers and safeguards of judicial independence are not fully compatible with the provisions of the Basic Law concerning the procedure of choice of federal judges and judges of courts of the *Länder*, where a substantial role is played by federal and *Länder* ministers of justice. The following solutions may cause some doubts also in the context of the political activity of judges, permitted under German law. In 1995, the then President of the Federal Administrative Court, H. Sendler posed a rhetorical question: **“How many federal supreme court judges who are party members and who, in light of recent publications, hold more than half of the judicial positions in these courts, have joined the party because of their actual views rather than out of pure opportunism?”⁴⁹**

F. Wittreck distinguishes the following models for selection of judges in Germany: 1) the bureaucratic model – the selection of judges by an executive body, 2) the selection of judges by a committee for the selection of judges, 3) the election by Parliament or its committees – applied to the highest judicial positions, judges of federal and *Länder* constitutional courts, as well as to the positions of presidents of courts in individual higher courts of the *Länder*. It should be noted that not only does the above author not question the constitutionality of the choice of a judge by an executive body, but even states that from the legal and political point of view, this manner of choice should be a preferred one⁵⁰.

⁴⁶ A. Siemens, *Mit harter Hand*, Spiegel-Online, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/afd-sohn-erhebt-schwere-vorwuerfe-gegen-jens-maier-a-1201531.html> (access 19.07.2018).

⁴⁷ *Staatsanwaltschaft ermittelt gegen AfD-Abgeordneten*, <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/staatsanwaltschaft-ermittelt-gegen-afd-abgeordneten-15447845.html> (access 19.07.2018).

⁴⁸ See section 4. Proposed reforms of the judiciary in the Federal Republic of Germany.

⁴⁹ H. Sendler, *Unabhängigkeit als Mythos?...*, p. 2467.

⁵⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 126 ff.

1.4.1. Choice of federal court judges

Art. 95 of BL

(2) The judges of each of these courts [federal – note M.B.] shall be chosen jointly by the competent federal minister and a committee for the selection of judges consisting of the competent Land ministers and an equal number of members elected by the Bundestag.

A judge shall be chosen by cooperation between the executive and the legislature, and the Federal Minister responsible for a given area shall take a decision together with the committee for the selection of judges. Selection means deciding who should be appointed a judge. The appointment shall be made by the Federal President under Art. 60 para. 1 of BL. The details of the entire procedure are defined in the law of 25 August 1950 on the selection of a judge⁵¹. The relevant minister in the meaning of Art. 95 para. 2 of BL is either the federal Minister of Justice for the Federal Supreme Court (hereinafter FSC), the Federal Administrative Court and the Federal Financial Court and the federal minister of labour and social affairs for the selection of judges for the Federal Labour Court and the Federal Social Court. The Land law of each Land determines which minister is a member of the committee for the election of a federal judge. Members of this committee elected by the Bundestag, do not have to be Members of Parliament or lawyers. However, pursuant to § 4, they must have the right to stand for election to the Bundestag and have experience in the field of “legal life”. (German *Rechtsleben*). Candidates for a judicial position pursuant to § 10 para. 1 of RiWG may be proposed both by the competent federal minister and by any member of the committee. The election shall take place by a secret vote and requires simple majority. Appointment shall not take place if none of the candidates has received the majority of votes or if the election has not been approved by the Federal Minister of Justice. In this case, the subjects taking part in the selection of a judge must strike a compromise (German *Einigungszwang*). Although selection of a judge is a discretionary prerogative of both the committee and the Federal Minister of Justice, they are bound by the principle of best choice under Art. 33 para. 2 of BL. The decision of the Federal Minister of Justice to choose a judge is qualified as a multi-step administrative act in the meaning of § 35 para. 1 of the law on administrative

⁵¹ German *Richterwahlgesetz* (RiWG), 1950, BGBl. I, p. 368 as amended.

procedure⁵² and is subject to control by an administrative court via lodging a repealing complaint pursuant to § 42 para. 1 of the law on the procedure in administrative courts⁵³. In practice, this control is hindered since this is a secret ballot and the vote is not accompanied by a *ratio decidendi*.

Once a candidate has been selected as a judge, the Federal President must appoint him or her. The selection of a candidate selected by the committee for the selection of judges may be refused only if the selection has taken place unlawfully⁵⁴.

For example, the selection of judges of the Federal Administrative Court is made by the committee for the selection of judges (German *Richterwahlausschuss*), composed of *Länder* ministers responsible for administrative jurisdiction and of a corresponding number of members selected by the Bundestag. The Federal Minister for Justice and Consumer Protection shall chair the committee. The chairman and each member of the committee shall be entitled to propose candidates. The opinion on each proposal shall be delivered by the Presidential Council of the Federal Administrative Court, but the committee shall not be bound by that opinion. The Committee shall elect a judge by simple majority. With the consent of the Federal Minister of Justice, the elected candidate is appointed by the President of the Federal Republic of Germany⁵⁵.

1.4.2. Choice of judges of *Länder* courts

Art. 98 of BL

(3) The legal status of the judges in the *Länder* shall be regulated by special *Land* laws if clause 27 of paragraph (1) of Article 74 does not otherwise provide.

(4) The *Länder* may provide that *Land* judges shall be chosen jointly by the *land* Minister of Justice and a committee for the selection of judges.

Art. 74 of BL

(1) Concurrent legislative power shall extend to the following matters:

⁵² *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VerwVerfG) in the wording of the announcement of 23 January 2003, BGBl. I, p. 102.

⁵³ *Verwaltungsgerichtsordnung* (VwGO) in the wording of the announcement of 19 March 1991, BGBl. I, p. 686.

⁵⁴ G. Morgenthaler, GG Art. 95 [Oberste Gerichtshöfe des Bundes; Gemeinsamer Senat] in: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, 37th edition, nb. 6-12.

⁵⁵ *Wahl und Ernennung. Bundesverwaltungsgericht*, <http://www.bverwg.de/das-gericht/organisation/richter-und-senate> (access 17.07.2018).

1. (...) court organisation and procedure (...);

27. the statutory rights and duties of civil servants of the *Länder*, the municipalities and other corporations of public law as well as of the judges in the *Länder*, except for their career regulations, remuneration and pensions.

In principle, *Länder* have personal authority to select judges of *Länder* courts. Art. 98 para. 4 of BL authorises the *Länder* to adopt a law providing for the selection of judges. It lays down that the selection of judges is made by the *Länder* Minister of Justice along with the committee for the selection of judges. The relevant minister here is the *Länder* minister responsible for a given court. 10 in 17 *Länder* have availed themselves of the authorization to include the committee for the selection of judges into the procedure of selecting a judge. Committees for the selection of judges have not been established in Bavaria, Lower Saxony, Saarland, North Rhine-Westphalia, Mecklenburg-Vorpommern, Saxony and Saxony-Anhalt.

Choice of judges solely by the committee or without the consent of the relevant minister is in contravention of the Basic Law. This provision is optional, i.e. the *Länder* may apply the model for appointing judges with the participation of committee but may also leave this decision to the discretion of the executive. **While Art. 98 para. 4 of BL provides only for the choice of a judge, but this provision also applies to the procedure for the promotion of a judge. Decisions taken by the minister together with the committee are subject to judicial review, but as these decisions are not accompanied by a statement of reasons, the review is limited in scope⁵⁶.**

Art. 98 para. 4 of BL is a provision parallel to Art. 95 para. 2 of BL and according to experts, was supposed to strengthen the democratic legitimacy of a judge. Therefore, according to the purposeful interpretation supported by the analysis of legislative work in the Parliamentary Council, it can be stated that although Art. 98 para. 4 of BL contains no provision on the composition of the committee, in the intention of the legislator the committee should be composed of members of the Land Parliament. Ch. Hillgruber observes that the committee members who are not Members of Parliament, cannot be indicated by occupational groups, e.g. judges themselves, advocates or public prosecutors. The participation of the judges themselves in the selection of new judges is co-option. According to the above author, it is in contravention of the principle of democratic legitimacy and of the

⁵⁶ G. Morgenthaler, GG Art. 98 [Rechtsstellung der Richter] in: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, 37th edition, nb. 18-19.

Constitution. Judges who have not been elected by Parliament, advocates, university teachers and other persons who are merely representatives of their professional group and not of the entire nation, may not influence the decisions of that body in a binding manner unless they have been elected by a democratically legitimate body, namely the Land Parliament. The above interpretation of Article 98 para. 4 of BL results from its origin, and in particular from the work of the Parliamentary Council. Initially, the provision on the selection of judges of the supreme courts laid down that the committee for the selection of judges would consist of "Land Ministers of Justice, presidents of the higher national courts, one representative of each Land Bar association, and one representative of the Law School of each Land university". G.A. Zinn, an *SPD* MP, stated: "The aim is to create a basis of trust in the judiciary. You will not achieve this under any circumstances if the judges are to some extent renewed within their own group"⁵⁷. Therefore, **committees for the selection of judges should include, apart from a minister, members who have the trust of Parliament. The chain of democratic legitimacy is closed as long as the committee members who are not Members of Parliament are elected by it or appointed by the Land Government. Members of committees for the selection of judges are not MPs, may be submitted by a given occupational group as candidates who must be authorised by Parliament. It is not acceptable for these proposals to be binding on Parliament and for the number of candidates to exceed the number of seats to be filled in the commission**⁵⁸.

A similar view is presented by F. Wittreck, who at the same time defines the selection model with the participation of the committees for the selection of judges as more demanding and more difficult for the legislator, precisely because of the judges or representatives of other legal professions are to be appointed as members of the committee in accordance with the BL. According to F. Wittreck, the only selection model compatible with Article 20 para. 2 sentence 2 of BL is selection by *Länder* Parliaments from lists of candidates compiled by the legal professions, but the Land Parliament cannot be bound by these lists. The election of committee members by the legal profession concerned does not guarantee the democratic legitimacy of the members of the committee thus elected, and thus of the judges in the meaning of the aforementioned continuous chain of legitimacy⁵⁹.

⁵⁷ Member of Parliament A.G. Zinn (*SPD*), 37th session, 13 January 1949, Stenograph minutes, p. 461, 465.

⁵⁸ Ch. Hillgruber, Art. 98 GG in: Th. Maunz, G. Dürig (ed.), *Grundgesetz. Kommentar...*, 82nd edition, nb. 60-64.

⁵⁹ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 129 n.

1.4.3. Examples of *Länder* legislation on choice of judges

Brandenburg law of 12 July 2011 on selection of judges⁶⁰

§ 11 The authority of the committee for the selection of judges

(1) The employment, appointment as a judge for life, transfer or appointment as a judge with a higher basic salary than that corresponding to the starting office shall be decided by the competent member of the national government together with a committee for the selection of judges.

(2) President of a higher Land court is selected on request of the Land Government by a committee for the selection of judges.

§ 12 Selection of the committee for the selection of judges

(1) The Land Parliament chooses as permanent members of the committee for the selection for judges:

1. eight Members of Parliament and their alternates following a motion of Parliament;

2. two persons from among judges and their alternates from the list under § 15 para. 1 sentence 1;

3. one person from among advocates and his alternate from the list under § 15 para. 2 sentence 1.

Furthermore, the Land Parliament chooses as non-permanent members of the committee for the selection of judges one person from the Office of Public Prosecutor and his alternate from the list under § 15 para. 3 sentence 1 and one judge from ordinary, administrative, financial, labour and social jurisdiction from the list under § 15 para. 1 sentence 1. All factions must be represented in the committee for the selection of judges.

(2) The selection of each member requires the presence of a majority of the Members of Parliaments.

§ 15 Lists of candidates

(1) The list of candidates provided for in § 12 para. 1 sentence 1 No. 2 includes judges of both sexes appointed for life, in the case of § 12 para. 1 sentence 2, second alternative, it will be used for the selection of judges appointed for life, from an appropriate type of jurisdiction. At least four persons must be proposed for each seat.

(2) The list of candidates provided for in § 12 para. 1 sentence 1 No. 3 includes advocates of both sexes who have been admitted to the Bar in the Land, selected by advocates of both sexes, during a meeting of the

⁶⁰ German *Brandenburgisches Richterwahlgesetz*, 2011, GVBl. I/11 [No. 18].

Bar, in line with detailed regulations of the Bar. Para. 1 sentence 2 applies, respectively.

(3) The list of candidates provided for in § 12 para. 1 sentence 2, first alternative, will include public prosecutors of both sexes from among public prosecutors of both sexes appointed for life. Para. 1 sentence 2 applies, respectively.

The law of Hamburg of 2 May 1991 on the status of a judge⁶¹

§ 14 Term of office of the committee for the selection of judges

(1) The committee for the selection of judges under Art. 63 of the Constitution of Free and Hanseatic City of Hamburg is elected for a three-year term.

(2) (...).

§ 15 Senators and city councillors

The Senate appoints in its division actions three senators or city councillors, who will be members of the committee for the selection of judges.

§ 16 Members-representatives of the Land Parliament

Six members-representatives of the city are elected by the Land Parliament. They must be able to stand for election to the Land Parliament and have legal experience.

§ 17 Members-judges

(1) Members-judges of the committee for the selection of judges are chosen by the Senate on request of judges of the courts of Hamburg. The proposed judges are selected by secret ballot by judges.

(2) The judges of all courts in Hamburg elect two judges appointed for life from among themselves.

(3) (...).

The Constitution of Free and Hanseatic City of Hamburg of 6 June 1952⁶²

Art. 63

(1) Professional judges are appointed by the Senate on request of the committee for the selection of judges. Art. 45 applies. The committee for the selection of judges is composed of three members of the Senate or councillors, six members of the Land Parliament, three judges of either sex, two advocates of both sexes. Details shall be defined in the law. It

⁶¹ German *Hamburgisches Richtergesetz*, 1991, HmbGVBl. p. 169.

⁶² German *Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg*, HmbBL I 100-a as amended.

may be stipulated that for specific fields of the judiciary advocates of both sexes will be replaced by persons who have special experience in a given field of the judiciary.

These two examples of Land legislation on the election of judges do not meet the requirements of democratic legitimacy formulated by F. Wittreck. In the case of Brandenburg, members of committees representing the legal professions are chosen by the Land Parliament, which is bound by lists of candidates. In Hamburg, on the other hand, the members of the judiciary are elected by the judges themselves, who do not have the democratic legitimacy equivalent to that of parliamentarians.

Baden-Württemberg law on the status of a judge⁶³

§ 46 Composition of the committee for the selection of judges

The committee for the selection of judges is composed of fifteen members, including:

1. six judges who are permanent members;
2. two judges of the type of court in question, elected as non-permanent members;
3. six members of the Land Parliament;
4. one representative of the advocates' Bar.

§ 47 Selection of Members of Parliament

(1) At the beginning of the term of office, the Land Parliament in accordance with the proportional representation rules, shall, within one month of the meeting, elect six Members of Parliament as members of the committee for the selection of judges and for each member – one Member of Parliament as an alternate.

(2) Each faction of the Land Parliament may submit a proposal of an election, where one alternate is indicated for each proposed member. Members of Parliaments selected as members are chosen by the d'Hondt method. In the case of equal highest numbers, a draw of lots shall decide.

§ 48 Selection of members-judges

(1) Members-judges and their alternates are selected by judges for a term of 4 years in a secret and direct vote.

⁶³ German *Landesrichtergesetz Baden-Württemberg* in the wording of 19 July 1972, GBl, p. 432 as amended.

(2) Judges appointed for life in the service of the Land shall be elected, with the exception of judges, members or alternates in the Presidential Council, as well as judges who have been seconded to a court outside the Land or to a post other than that of court, or who are on leave without remuneration.

(3) (...).

(4) The selection of members-judges and their alternates is based on electoral proposals in accordance with the rules for majority elections. § 37 para. 4 applies, respectively.

(5) As alternates of members-judges are elected judges not chosen as members in the order corresponding to the number of votes received.

§ 50 Selection of representative of the Bar

A representative of the Bar and his alternate shall be elected by the Land Parliament on the basis of a proposal from the Bar for a period of four years. Lawyers shall be elected only if they are admitted to a court in the Land. Each Bar association may provide a list of proposals; it must contain the names of at least two elected advocates.

The normative solutions of the *Baden-Württemberg* law do not fully conform to the demands put forth by Ch. Hillgruber and F. Wittreck, since representatives of the judicial profession are not selected by an authority with a democratic legitimacy. This criterion is met, however, in the case of a representative of advocates, selected by the Land Parliament of *Baden-Württemberg*, although not completely, as the Land Parliament is bound by a very limited list.

Bavaria is a Land which has not accepted the model envisaged under Art. 98 para. 4 of BL. A new Bavarian law on the status of a judge was adopted in March 2018. It regulates *inter alia* the procedure of selecting a judge, still in a manner different from the solutions offered by the BL.

Bavarian law on the status of a judge and a public prosecutor of 22 March 2018

Art. 4 Land personal committee for judges and public prosecutors

(1) The Land personal committee for matters concerning judges and public prosecutors is composed of the following ordinary members:

1. members under Art. 133 para. 3 sentence 2 BayBG⁶⁴;

⁶⁴ German *Bayerisches Beamtenengesetz*, the law of Bavaria on the status of a public official of 29 July 2008, GVBl., p. 500.

2. a further member of the Land Ministry of Justice (Land Ministry);
3. five judges or prosecutors, three of whom were selected by leading organisations, taking due account of the different types of judiciary.

An equal number of alternate members will be elected according to the same principles.

(2) The presence of at least seven members is necessary for decisions to be taken by the Land Personnel Committee for judges and prosecutors. As to the rest, Art. 112 to Art.120 BayBG shall apply when appropriate.

Bavarian law on the status of a public official

Art. 113 Composition

(1) The Land Personal Committee is composed of seven ordinary members and seven alternates. All members must be in an official's employment relationship for life or temporarily.

(2) If the Land Personal Committee performs action under Art. 115 para. 1 No. 5, the composition under Art. 113 para. 1 will be supplemented by a member in an advisory capacity. A member in an advisory capacity should have experience in the field of human resources development outside the public and legal sphere.

(3) The Government shall appoint ordinary members and alternates as well as a member in an advisory capacity, for a period of five years; reappointment shall be admissible. Three ordinary members and three alternates shall be appointed from the State administration, one ordinary member each and one alternate member each from the Ministry of the Interior, Construction and Transport, the Ministry of Finance and Development and Homeland. Two ordinary members and two alternates each are appointed at the request of the supreme municipal associations, the leading organisations of the relevant trade unions and professional organisations.

(4) The government shall appoint a chairman and a vice-chairman from the group of members appointed from the state administration.

T. Groß notes that there is a great diversity within the Federation with regard to the procedure for the selection of judges, but that it is generally accepted that any decision to select a judge requires the consent of the Land Minister of Justice⁶⁵. W. Nešković observes, however, that due to the strong position of the Minister of Justice in the current system, the implementation of the principle of democracy is

⁶⁵ T. Groß, *Erwartungen aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht*, in: P.-A. Albrecht (ed.), *Autonomie für eine Dritte Gewalt*, Berlin 2018, p. 25.

not fully guaranteed. The judge can only demonstrate the democratic legitimacy of the fifth degree: 1. the nation elects Parliament, 2. Parliament elects the prime minister, 3. the prime minister elects the Minister of Justice, 4. the Minister of Justice appoints a personal officer, 5. the personal officer elects judges⁶⁶. An opposite view is presented by F. Wittreck, who states that in this case the democratic legitimacy of a judge elected in such a way is maintained, provided that it is the minister, and not the officials of the ministry, who elect a judge⁶⁷.

1.5. Official supervision of judges

The relationship between professional supervision and judicial independence is an important legal problem, as reflected in the systematics of the Judiciary Law. The provision relating to this issue can be found in Chapter Four, concerning judicial independence, immediately after the general clause under § 25, discussed above.

§ 26 Official supervision

(1) A judge shall be supervised only if his or her independence is not compromised.

(2) Subject to para. (1), official supervision involves a competence to point out the unlawful resolution of an official matter and a reminder in order to resolve official matters in accordance with the law without delay.

(3) If a judge considers that measures of official supervision infringe his or her independence, the disciplinary court shall, at the request of the judge, rule in accordance with this law.

J.-E. Staats points out that the two concepts of judicial independence and professional supervision of judges do not seem to go hand in hand, but subject to certain limitations are reconcilable, since **the judge performs functions of the public service which are not only related to the adjudication, and his independence is not absolute in itself. Adjudication is entrusted to judges as the task of the state, and its conscientious execution is the responsibility of the Minister of Justice, who is accountable to Parliament, and is enforced through a chain of superiors**⁶⁸. Such supervision shall not, however, consist of any direct or indirect interference with the course and outcome of the proceedings.

⁶⁶ W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, p. 9.

⁶⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 127.

⁶⁸ J.E. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 1; N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit*, „Neue Juristische Woche“ 1985, p. 3042.

Supervision measures may concern both the judicial and non-judicial activities of a judge, and even behaviour outside the employment relationship, provided that it has affected the performance of official duties. Supervision measures can take many different forms, such as recommendations, opinions, non-binding suggestions, but the most important form of supervision is the judge's professional judgement. The reservation and reminder provided for in § 26 para. 2 of the federal Judiciary Law are the strictest permissible forms of official supervision. **It is true that the supervision measures cannot relate in principle to the ruling, but the latter two measures – a reservation and a reminder – may exceptionally be issued also in relation to the content of the ruling⁶⁹.**

In relation to the question of the admissibility of interference of supervisory measures in judicial activity, the FSC has formulated a theory of adjudication core, which cannot be violated by means of official supervision. There is no doubt that the content of the judgment belongs to that core. However, the FSC allowed exceptions to this principle, where the judgment is manifestly unlawful, where there has been a manifest infringement of a law or the application of a rule of law no longer in force⁷⁰.

The law does not specify who is to carry out official supervision and, in the opinion of the J.-F. Staats, due to the organisational power of executive bodies, the body does not have to be specified either in laws or in regulations⁷¹. **It is generally recognised that the professional supervision of judges falls within the scope of “administration” of the courts, and since the federal Judiciary Law provides neither for a “judiciary council” nor for judicial colleges, it is carried out by the ministers of justice and by the presidents of courts, subordinate to the ministers⁷².**

Because of the exercise of official supervision, judicial independence is subject to protection, which may involve the judge subject to this measure submit a motion to the professional court (§ 62 para. 1 section 4 letter 3 and § 78 section 4 letter e of the federal Judiciary Law), as well as the submission of a complaint concerning incompatibility with the constitution under Art. 33 para. 5 of BL and protection in administrative jurisdiction. If a judge

⁶⁹ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 5, 12.

⁷⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 145 f.

⁷¹ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 11; see F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 95 ff.

⁷² F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 143; N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit...*, p. 3042.

considers that a supervision measure violates his or her independence, he or she may submit a request to a professional court. If, on the other hand, the measure infringes his or her individual legal sphere, then the administrative court has jurisdiction. It is up to the judge to decide which court the measure will be brought before⁷³.

A distinction must also be made between disciplinary measures taken in the context of disciplinary proceedings regulated by reference to the disciplinary law of officials (§§ 46 and 71), with special provisions for judges (§§ 62 para.1 sections 1, 63, 64, 78 sections 1 and 81-83 of the Judiciary Law). **Disciplinary proceedings shall be implemented when official supervision measures are found to be insufficient and a breach of official duties has occurred through the fault of a judge. The prevailing view is that judicial independence is also protected in disciplinary proceedings. The disciplinary measures include a reprimand; other measures may only be taken by the disciplinary court**⁷⁴.

A disciplinary court, pursuant to the framework provision § 77 of the Judiciary Law, must be set up in each Land. The court is composed of a chairman; half of its members are permanent and the other half non-permanent. They must all have the status of a judge appointed for life, and the non-permanent members belong to the field of the judiciary, which the judge accountable to the disciplinary court represents. The composition of the disciplinary tribunal shall be chosen by the presidium of the court at which it was set up.

In Germany, the application of disciplinary measures has primarily occurred in connection with the conduct of judges not directly related to the performance of official duties, e.g. due to the violation of the duty of moderation in the scope of political activity, arising from § 39 of the Judiciary Law, through statements of a political nature, participation in demonstrations, the famous “judges’ blockade in Mutlanger” (German *Mutlanger Richterblockade*)⁷⁵, and the dissemination of the Holocaust denial⁷⁶.

⁷³ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 22.

⁷⁴ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 26 Dienstaufsicht, nb. 8; N. Achterberg, *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit...*, p. 3044, 3047.

⁷⁵ In January 1987, 20 judges took part in a blockade in front of a U.S. military base in protest against the storage of nuclear weapons there. In the light of the position of the judges participating in the blockade, it was an act of support for hundreds of citizens who suffered criminal consequences for the same action, P.E. Quient, *Civil Disobedience and the German Courts*, Abingdon 2008, p. 28.

⁷⁶ F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt...*, p. 148 f.

1.5.1. Examples of *Länder* legislation concerning the exercise of official supervision over *Länder* judges

Bavarian law on the status of a judge

Art. 5 Professional assessment

(1) Judges appointed for life as well as public prosecutors with life civil servant status are every four years evaluated by their immediate superior (interim evaluation). The highest official body determines which judges and public prosecutors will no longer be subject to periodic assessment. This body may decide that evaluations will be carried out because of a transfer or application for a position.

(2) The evaluation covers the results of professional activity, usefulness and qualifications. The evaluation shall conclude with an opinion. Where the assessment concerns activities undertaken in the framework of judicial independence, account shall be taken of the constraints arising from § 26 paras. 1 and 2 of the Judiciary Law.

(3) Judges on probation are subject to assessment at the latest 18 months after the commencement of the trial period and directly prior to the conclusion of the trial period. The highest official body determines whether the assessment concludes merely with a statement if the judge on probation is fit, is not yet fit or is unfit for being appointed a judge or a public official.

(4) Contract judges are subject to assessment at the latest prior to appointment for life.

(5) The competent ministries may, in agreement with the Ministry of Finance, Spatial Development of the Country and Homeland, issue their own guidelines for the evaluation of judges and prosecutors within the scope of their competence. These guidelines may include further derogations from Section 4 of the Professional Promotion Act. The unity of the evaluation system should be preserved, and attention should be paid to the comparability of evaluations.

Evaluation of judges and public prosecutors. Joint announcement of the Bavarian Ministries of Justice, the Interior, Construction and Transport, Finance, Spatial Development of the Land and Homeland, as well as Labour, Social Affairs, Family and Integration of 26 March 2015.

Case file: A3 - 2012 - V - 2903/2014, IZ2 - 0371 - 1 - 7, P 1150 - 7/3, A2/0371 - 1/43⁷⁷

⁷⁷ <http://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayVwV304998> (access 31.07.2018). According to information on the website, despite the fact that the law on the status of a judge of 22 March 2018 entered into force on 1 April 2018, the guidelines remain in force.

1. General provisions

1.1. Official evaluation is an important basis for every personnel decision and for the implementation of the principle of effectiveness contained in the BL and in the Bavarian Constitution.

1.2. The special position of judges and prosecutors must be taken into account when assessing them; in particular, the independence of judges in terms of their personal and substantive independence must not be compromised by the evaluation (Art. 97 of BL, §§ 25, 26 para. 1 of the Judiciary Law).

2. Authority

Evaluation

2.1. in ordinary jurisdiction

- presidents of a higher Land court of judges of their court, presidents of Land and district courts of their district, and full-time chairpersons of both sexes of the working groups;

- presidents of Land courts of their courts, as long as they exercise official supervision, of district court judges in their district;

- presidents of district courts of judges of their courts;

(...).

3. Content

¹At the start there should be a brief description of official tasks to be carried out by the judge (prosecutor) in the period covered by the evaluation. ²Evaluation concerns results of professional activity, usefulness and qualifications. ³In particular, the following criteria should be considered in the order given:

3.1. Results of professional activity

3.1.1. Ability of the judge (prosecutor) to carry out official tasks, on his or her own initiative or to initiate the necessary findings or measures, to identify the substance [of the case - note M.B.] and in good time to find a legally and practically justified solution; in particular, the ability to analyse the unstructured factual situation in terms of its legal significance, the ability to determine the centre of gravity and focus on relevant arguments;

3.1.2. Ability of the judge (prosecutor) to carry out intentional and predictive planning, organisation and execution of workflows with regard to time and material resources, to organise and perform work in order to achieve, for example, structured results of work or to ensure that statutory deadlines are met;

3.1.3. Ability of the judge to prepare a hearing, and to conduct it expeditiously and with due consideration and knowledge of the case files, as well as the ability to convey the purpose of the hearing, to explain the factual and legal contents of the hearing in a comprehensive but not excessively meticulous manner, respecting the rights of the participants, to listen to and hear the participants to the proceedings and other persons, to contribute in an appropriate manner to amicable settlement of a dispute or to bringing the case to judgment without delay; as members of the adjudicating panel, they should have the ability to contribute to the extent necessary to clarify the subject of the hearing and to provide appropriate support for the adjudicating panel chairman;
(...).

1.6. Complaint concerning a judge's violation of constitutional order

Art. 98 of BL

1. If a federal judge, either in or outside the exercise of his or her office, violates the Basic Law or the constitutional order of a Land, the Federal Constitutional Court may, at the request of the Bundestag, decide to reassign a judge to another office or to retire a judge. In the event of wilful misconduct, the judge may be declared inadmissible.

(...).

5. With respect to Land judges, the *Länder* may adopt a regulation corresponding to para. 2. Existing Land constitutional law remains unaffected. The Federal Constitutional Court shall rule on a complaint against a judge.

Art. 98 of BL, which is an expression of the principle of democracy of dispute, provides for the possibility of lodging a complaint to the FCC against a judge of the Federation in order to defend the free order of BL. The provision provides that the *Länder* may also introduce such a legal institution for Land judges, but the *Länder* may not modify its scope or rationale, and the FCC retains the power to give a ruling, as in the case of federal judges.

Discussions within the Parliamentary Council and in the national constitutions have shown that this legal institution in the initial phase of the Republic of Bonn was intended to democratise the judiciary, discredited by its activities in the Third Reich. However, due to both material and formal conditions which are difficult to meet, the practical application of the complaint is greatly hindered⁷⁸.

⁷⁸ F Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 160 n.

The purpose of the complaint is to release a judge from his or her office if, in the course of his or her official duties or outside them, he or she seriously and militantly and aggressively turns against the constitutional order. The subject matter of the proceedings is not criminal or disciplinary liability, but rather a form of *sui generis* sanction, in addition to these two types of liability. So far, no such complaint has been lodged⁷⁹.

F Wittreck notes, however, that this institution, although not used in practice, plays two important political roles. It is an additional link between the judiciary and the legislature, strengthening the democratic legitimacy of the former. Furthermore, in connection with the proposal provided for in Article 98 para. 2 of BL, it enables a parliamentary debate also on the jurisprudence of judges⁸⁰.

1.7. *Facit*

Due to the wide organisational dependence of judges vis-à-vis the Ministries of Justice, the representatives of the judiciary question the complete effectiveness of Art. 97 para. 1 of BL. **Considering the existing legal status, also under the BL of 1949, a career model was created for judges in terms of assessment and promotion, based on the clerical model. The organisation of the judiciary is entirely in the hands of the executive, which supervises judges, determines the financial resources allocated to the judiciary, determines the number of judges to be employed and the number of administrative and organisational staff of the courts, as well as the complete internal organisation of the courts**⁸¹.

In the opinion of representatives of the judiciary, the statement of the Prussian Minister of Justice remains in force: “Die Richter können so unabhängig sein wie sie wollen, solange wir die Personalpolitik bestimmen” (The judges can be independent as long as we [Minister of Justice – note M.B.] determine the personal policy)⁸². An equally powerful statement was made a century later, in 2011 by Ch. Bommarius. In his article on the political mechanism of appointments of court presidents in the Federal Republic of Germany, he observed: “Courts and the Prosecution Office in Germany are no masters of

⁷⁹ G. Morgenthaler, GG Art. 98 [Rechtsstellung der Richter] in: V. Epping, Ch. Hillgruber, *BeckOK Grundgesetz...*, 37th edition, nb. 7.

⁸⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 162.

⁸¹ C. Löbber, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz. Die Justiz im System der Gewaltenteilung*, Neue Richtersvereinigung-Info, Hessen, 6/2012, p. 19.

⁸² W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, p. 5.

themselves. In the origrams and budgets of ministries of justice, courts are treated as subordinate entities; it is not the courts, but ministerial officials who decide on the employment of judges on probation. Nor are the chairpersons and presidents of the courts elected by those concerned, but by those who are often guided by extra-territorial, party and political interests, i.e. the Justice Ministers of the *Länder*⁸³.

It was only 26 years after the BL came into force that the rules on the remuneration of civil servants ceased to have effect for judges, but the current rules are based on similar principles and, apart from the question of instance, they provide for as many as 12 different categories of remuneration, with the best salaries for judges in administrative positions. Therefore, C. Löbbert notes that the less judicial functions one performs, the better the money one can earn in the judiciary. **In such a hierarchical system, in which hierarchy is linked to remuneration, the judge's appraisal, which affects his or her promotion, is of particular importance. This assessment is made by the president of the court on the basis of guidelines established by the Ministry of Justice; in this respect, the court president acts as a body subordinate to the Ministry**⁸⁴.

The financing of courts is another problem related to guarantees of judicial independence. **The budget of the courts is part of the budget of the relevant Ministry of Justice. The judiciary alone cannot present a draft judicial budget and its explanatory memorandum to Parliament and in this regard is bound to wait for the action of the Minister of Justice**⁸⁵.

The above system of dependence of judges on the executive may limit the independence of judges and hamper the full implementation of the principle of separation of powers. W. Nešković believes that, as long as the court administration is in charge of the personnel policy of the courts, it will consciously or otherwise seek to create a judicial group that is friendly to the administration⁸⁶. C. Löbbert formulates an even harsher assessment: the appraisal and promotion system is a bridle for judges, with the reins in the hands of the administration. While the judiciary controls the executive, the executive itself determines whether the judiciary does it well. Thus, the controlled entity controls the controller⁸⁷.

⁸³ Ch. Bommarius, *Missbrauch der Justiz*, „Frankfurter Rundschau“ of 1.08.2011.

⁸⁴ C. Löbbert, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...*, p. 19.

⁸⁵ W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, p. 7.

⁸⁶ W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, p. 8.

⁸⁷ C. Löbbert, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...*, p. 20.

On the other hand, however, there are the following elements that safeguard judicial independence in different terms: 1) the presidium of the court as the body organising the work of the court independently, 2) the right of co-decision on matters related to the operation of the courts by its employees in accordance with the provisions on co-decision, 3) independent disciplinary courts, 4) election of judges by committees with the participation of members of *Länder* Parliaments, 5) the possibility of lodging direct legal questions to the FCC.

2. The status of a judge

Art. 98 paras. 1 and 3 of BL provide that the status of a judge will be defined in a separate law. The necessity of a separate regulation on the status of a judge is the consequence of the separation of powers, entrusting the execution of judiciary authority solely to judges and courts (Art. 92 of BL), as well as of the guarantee of judicial independence under Art. 97 para. 1 of BL, including non-transferability and irrevocability, which differentiates a judge from a public official. It is therefore unacceptable to regulate the status of a judge in the laws concerning civil servants, as a so-called court civil servant. In its judgement of 15 November 1971, the FCC ruled that the status of a judge is a separate status and cannot be compared to that of an official⁸⁸. The introduction of the provision was to repeal the law on the status of a public official with respect to judges and to separate of the status of a judge from that of a public official (German *Entbeamtlichung*)⁸⁹. The Judiciary Law of both the Federation and of the *Länder* should comprehensively regulate the legal status of a judge: education, employment, promotion, organizational assignment of a judge in the system of state authority, as well as the scope of tasks and the rules of their performance, including the obligation to wear a judge's robe⁹⁰.

The requirement of adopting a separate regulation on the status of a judge of the Federation and of the *Länder* was met by the adoption of the federal Judiciary Law on 8 September 1961, and then via the adoption of relevant legislation by the *Länder*.

Importantly, the Judiciary Law was adopted only 12 years upon entry into force of Art. 98 para. 2 and 5 of BL, in 1961, and its provisions refer further to by laws related to the status of public officials.

§ 46 of the Judiciary Law

The observance of the law applying to Federal officials [with respect to federal judges – note M.B.]

Unless a law provides otherwise, the regulations for Federation officials shall apply respectively to the legal relations of judges in the service of the Federation.

§ 71 of the Judiciary Law

Application of the law on the status of public officials [with respect to *Länder* judges – note M.B.]

⁸⁸ BVerfGE 32,199.

⁸⁹ C. Löbbert, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...* p. 18.

⁹⁰ Ch. Hillgruber, Art. 98 GG in: Th. Maunz, G. Dürig (ed.), *Grundgesetz. Kommentar...*, 82nd edition, nb. 26.

Unless a law provides otherwise, the status of a judge in the service of a Land shall be governed by the provisions of the Civil Servant Law, as appropriate.

Chapter Three of the 1961 law, titled “Richterverhältnis”, contains provisions §§ 8-24, which refer to a.o.: the legal form of the exercise of judicial office – appointment for life, appointment for a fixed time, appointment for a trial period, appointment of a judge who maintains his status of public official, appointment’s act, nullity of appointment, withdrawal of appointment, designations of office, dismissal from the employment relationship.

§ 8 of the Judiciary Law lists as many as four types of permanent legal relationships of judges under the law; this is in short also referred to as the status of a judge. It is a life judge, a temporary judge, a judge for a probationary period and a contract judge. These four forms of the status of a judge are not defined by law, but in any case, the judge is entitled to judicial independence. The rule in Germany is to be appointed for life. In the case of temporary judges, however, this period must be long enough to guarantee judicial independence. As to honorary judges, the FCC determined the term of their appointment for at least 4 years, which however was questioned by the ECHR⁹¹. A unique characteristic of the German system is the existence of judges for a probationary period, previously called judicial assessor (German *Gerichtsassessor*). This is the typical status of a person starting his or her judicial career. The judge on probation has substantive independence, but limited personal independence, because during the “probationary period” he or she has to prove their ability to hold office, which is connected, among other things, with a more frequent official assessment, or an obligation to participate in professional training, as well as with more leeway for the dismissal of such judge, as provided in the specific regulation – § 22 of the Judiciary Law. Provisions related to the status of a probationary judge gained special significance in connection with the reunification of Germany, as all judges who held office in the GDR⁹², were pursuant to the Unification Law employed for a probationary period⁹³.

⁹¹ The FCC first allowed appointment for 6 years (BVerfGE 14, 6, 70 ff.), and then for 4 years (BVerfGE 18, 241, 255). European Court of Human Rights believes the four-year period of holding office as too short. However, judicial independence is not infringed provided its all other essential guarantees are met; judgement of 3 May 2007, 3942/8934-40, Irfan Bayrak v. Turkey.

⁹² I.S. Kowalczyk, *Vom Rechtsbeuger zum Rechtsanwalt – Die Karriere von DDR-Juristen*, www.bppb.de/geschichte/deutsche-einheit/kontraste/42474/karriere-von-ddr-juristen (access 5.10.2018).

⁹³ J.F. Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 8 Rechtsformen des Richterdienstes, nb.1-7; Unification Treaty, Appendix I, Chapter II, Title A Chapter III No. 8 letter o, in conjunction with § 45 para. 1 of the GDR Judiciary Law.

The status of a judge corresponds to § 10 para. 1 of the Judiciary Law – appointment for life is possible if a given judge after gaining the capacity to hold a judicial office, has held it for at least three years.

2.1. Judicial self-government institutions

The administration of the courts has not only been entrusted to the executive or subordinate bodies, but also, to a limited extent, to the judicial self-government bodies. The judicial self-government bodies are primarily the presidium of the court and the councils of judges, which have the right to participate in making decisions about court matters; yet it is the executive authority which has the right to take the final decision.

2.1.1. Presidium of a court

Court presidiums are a permanent element of German judiciary since the moment of adoption of laws on the system of courts in the 19th c. Therefore, provisions concerning this body are enshrined in a law on the system of ordinary jurisdiction courts of 1877. As to the presidium, a major amendment enhancing judicial independence was introduced in the law of 22 September 1999⁹⁴. Pursuant to § 21a of the law on the system of courts, the presidium becomes mandatory and judicial monopoly of its composition is guaranteed. The composition of the presidium depends on the size of the court and may include between 4 and 10 members, in addition to the court president. **The selection of the presidium takes place pursuant to § 21 paras. 1-4 of the law on the system of courts in a secret and direct vote; participation in the vote is obligatory for all the judges employed in a given court.** An amendment to the law on the system of courts of 1999 strengthened the principle of equality of judges and limited the number of chairpersons. F. Wittreck observes that the above obligation demonstrates that the presidium is not only elected as a body of judicial self-government but also in the interest of the judiciary as such⁹⁵.

The members of the presidium shall be appointed for a four-year term. **The purpose of appointing the presidium is to protect judicial independence by entrusting the presidium with the task of assigning duties within a court** and implementing at the basic level the constitutional right of the individual to have access to a statutory judge under Article 101 para. 1 of BL. For this

⁹⁴ BGBl. 1999 I, p. 2598.

⁹⁵ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 357.

reason, the provisions in question should be considered first and foremost as a guarantee of public interest and not as a safeguard of the interest of an individual judge⁹⁶. Furthermore, the law provides for measures to safeguard judicial independence in relations between the presidium and the judge, envisioning the possibility of judges participating in sessions of the presidium (§ 21e para. 8 of the law on the system of courts) and granting judges the right to express their opinions before cases are assigned or before the composition of the adjudicating panel is decided (§ 21e paras. 2 and 5 of the law on the system of courts). The above prerogatives are according to F. Wittreck insufficient for the protection of judicial independence. Due to the powers of the presidium to allocate cases, the judges can lodge a complaint with an administrative court under Section 43 of the law on proceedings before administrative courts⁹⁷.

Another important competence of the presidiums is participation in the staffing of official courts for judges. According to the framework regulation § 77 para. 3 sentence 1 of the Judiciary Law, the members of the disciplinary courts are elected by the presidium of the court at which the disciplinary court was established.

2.1.2. Presidium councils, judicial councils and *Länder* staff committees

Under § 72 ff. of the Judiciary Law, the federal legislature bound the *Länder* to ensure **elements of co-decision on certain cases related to judicial authority and the establishment of two representative bodies of judges: presidium councils and judicial councils**. These bodies, however, do not have their own decision-making powers, but only **participate in the decisions of the higher-ranking bodies, i.e. the executive bodies in the *Länder***. **At the same time, the *Länder* may not establish representation bodies or professional self-government bodies other than those provided for in the federal Judiciary Law, in particular councils for the effective administration of courts** (German *Justizrat, Justizverwaltungsrat*), whose establishment has been called for in political and legal debates⁹⁸. Presidium councils participate in decision-making concerning selected personal matters, judicial councils participate in decision-making concerning social and other matters and other general issues

⁹⁶ Th. Schuster, GVG § 21a [Präsidium] in: *Münchener Kommentar zur StPO*, Bd. 3/2, München 2018, 1st edition, nb.1-2.

⁹⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 358.

⁹⁸ *Deutsches Richtergesetz*, Vorbemerkung zu §§ 72-75 Rn. 1, beck-online (access 25.09.2018).

concerning judges; besides, judges take part in *Länder* personal commissions (German *Landespersonalausschuss*).

Pursuant to § 74 of the Judiciary Law, presidium councils should be set up for all fields of the judiciary in *Länder*. Its members include: court president as its chairperson and judges, at least half of whom are elected. Pursuant to § 75 of the Judiciary Law, **it is the responsibility of the presidium council to take part in the decision on the professional advancement of judges and to prepare a written *ratio decidendi* on the personal and professional suitability of the candidate concerned.** The *Länder* may delegate further responsibilities to the presidium council, yet the basic rule is that the *Länder* Governments are competent to take the final decision⁹⁹.

Under § 72 of the law on the system of ordinary jurisdiction, judicial councils are elected in a secret and direct vote by judges themselves; its competences under § 73 No. 1 of the law on the system of courts include participation in general and social matters concerning judges.

⁹⁹ J.E Staats, *Deutsches Richtergesetz...*, DRiG § 75 Aufgaben des Präsidialrats, nb.2-3.

3. Historical and legal antecedents

Many authors see Germany's contemporary history as a source of tension between the constitutional principle of democracy, the principle of separation of powers, the principle of judicial independence and the important influence of the executive on the functioning of the judiciary. The law on the system of courts of 27 January 1877¹⁰⁰, which along with other laws related to the judiciary entered into force on 1 October 1879, was drawn up in a period when Germany was neither a modern state in terms of its system, nor by any means a fully democratic state¹⁰¹. This law has been in force until now. The law concluded a certain stage in the development of the German judicial system, in particular the separation of the jurisprudence and executive functions and the associated separation of judicial independence guarantees. In particular § 1 of the 1877 law on the system of courts guarantees substantive independence of courts, and § 8 of this law selected aspects of personal independence¹⁰². The law introduced a **highly hierarchical model of the organisation of the judiciary**¹⁰³. The model assumes that **the administration of courts is carried out by the executive, which delegates some of its tasks to the level of court management (German *Gerichtsvorstand*), with a strong position of primarily presidents of higher *Länder* courts (German *Oberlandsgericht*, OLG)**. The executive also has the power to appoint judges. During this period, the courts and the prosecutor's office shall be clearly separated, the latter being subordinated according to the Prussian model to the competent ministry (§ 147 of law on the system of courts). This was moreover the time when the activity of the Judges' Association and of individual judges in the press started: *Deutsche Richterzeitung* (English German Judges' Paper) has been published since 1909. F. Wittreck observes that the topics of judges' political and media statements have not changed markedly and concern mainly the safeguards of judicial independence¹⁰⁴.

The above model, introduced in 1879, was not fundamentally changed in the Weimar Constitution of 1921. Although Article 102 of the Weimar Con-

¹⁰⁰ German *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG), 1877 RGBl., p. 41, in the currently binding wording of 1 January 1975, BGBl. I, p. 1077.

¹⁰¹ H.A. Winkler, *Długa droga na Zachód. Dzieje Niemiec 1806-1933*, vol. I, Wrocław 2007, p. 213 ff.

¹⁰² F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 47.

¹⁰³ W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, p. 4.

¹⁰⁴ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 50 ff.

stitution¹⁰⁵ guaranteed judicial independence in the substantive aspect, and its Article 104 in the personal aspect, judges were still subject to the provisions on the status of public officials, and the administration of courts remained in the hands of the executive power.

The “public official” model was used and consolidated in the Third Reich. After Hitler came to power, a significant reform of the judiciary was carried out. Known in German as the *Verreichlichung*, it **subordinated courts and administration of the *Länder* courts to the Reich, and more specifically to the Reich Ministry of Justice.** Pursuant to the resolution of 20 May 1935 on a uniform regulation of the system of courts of 1935¹⁰⁶, **the system of supervision over courts was unified in line with the Prussian model**¹⁰⁷. The following provisions were defined in the resolution on a uniform regulation of the system of courts contained in the sub-title IX: Court Administration (German *Justizverwaltung*):

§ 14

(1) Official supervision is held by:

1. the Reich Minister of Justice over all courts, prosecutors' offices and prisons;
 2. the presidents of the courts of the Reich over the court to which they belong;
 3. the president of a higher national court and the president of a Land court over the courts in his own district, except for the courts referred to in section 2. above,
- a judge of the district court with supervisory powers over the district court (...).

C. Löbbert observes that both after 1945 and after 1949, the model of court administration introduced in 1935 was retained; there was no coming back to the Weimar Republic system. President of the district court in Lübeck observes that the organisation of the judiciary in Germany in the 21st c. continues to rest on both the law on the system of courts from the time of the empire and hierarchical solutions from the time of the Third Reich¹⁰⁸.

¹⁰⁵ German *Die Verfassung des Deutschen Reichs* in the wording of 11 August 1919, RGBl. 1919, p. 1383.

¹⁰⁶ German *Gerichtsverfassungsverordnung* (GVVO), RGBl. 1935 I, p. 403.

¹⁰⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 59 f.

¹⁰⁸ C. Löbbert, *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz...*, p. 21.

An increasing number of studies clearly confirm the effectiveness of such a model of the judiciary in the implementation of the assumptions of the totalitarian regime of the Third Reich¹⁰⁹. F. Wittreck lists four elements of control over the judiciary: 1) personal policy, which was crowned in the resolution adopted by the Greater-German Reichstag of 26 April 1942¹¹⁰, whereby Hitler as “the highest power of the judiciary” (German *Gerichtsherr*) was granted the right to dismiss any judge; 2) control of jurisprudence, e.g. thanks to reports by presidents of higher *Länder* courts and the system of preventive and follow-up control of court presidents and so-called judicial letters (German *Richterbriefe*), containing a discussion of jurisprudence; according to F. Wittreck, most German judges did not need such control and on their own issued judgements in line with the spirit of national socialism; 3) press propaganda, and finally 4) expanding structures parallel to the ordinary judiciary, namely extraordinary judiciary and police judiciary¹¹¹.

The judges participated in the operation of the criminal system, committing mass violations of human rights. The judgment of the International Criminal Court in the Nuremberg trial of lawyers (‘Justice Case’), which began in 1947 after the trial of the main war criminals, in which officials of the Ministry of Justice of the Third Reich, judges of special courts and the People’s Court were accused, included the following statement: “Defendants are charged with crimes of such immensity that mere specific instances of criminality appear insignificant by comparison. **The charge, in brief, is that of conscious participation in a nation wide government-organized system of cruelty and injustice, in violation of the laws of war and of humanity, and perpetrated in the name of law by the authority of the Ministry of Justice, and through the instrumentality of the courts. The dagger of the assassin was concealed beneath the robe of the jurist**”¹¹².

¹⁰⁹ L. Gruchmann, *Justiz im Dritten Reich 1933-1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner*, München 2003; S. Schädler, *Das Reichjustizministerium unter Reichsjustizministern Thierack (1942-1945)*, Tübingen 2009; A. Koch, *Der “Huppenkothen-Prozess”. Die Ermordung der Widerstandskämpfer um Pastor Dietrich Bonhoeffer vor den Schranken der Augsburger Justiz*, in: A. Koch, H. Veh, *Vor 70 Jahren – Stunde Null für die Justiz*, Baden-Baden 2017, p. 131 ff; J. Perels, *Das juristische Erbe des “Dritten Reiches”*, Frankfurt am Main 1999, p. 47 ff.

¹¹⁰ RGBl. 1942 I, p. 247.

¹¹¹ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 62 ff.

¹¹² (Nuremberg) United States v. Altstötter et. Al. reprinted in *Trials of War Criminals Before Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law no 10, vol. III*, p. 984 f., https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf (access 19.09.2018).

The lack of effective verification of judges after the Second World War was a significant problem for the judiciary in Germany¹¹³. D. Gosewinkel observes that during the Second World War, German criminal and military tribunals issued more than 40,000 death sentences. Between 1948 and 1968, there were only 15 proceedings for unlawful sentences and only two professional judges were convicted¹¹⁴.

The Parliamentary Council members, who debated the contents of the Basic Law, were aware of the role of judges in the system of power of the Third Reich and wanted to create a “new type of a judge”, free from the influence of other institutions of power. The chairman of the Parliamentary Council, which was developing Chapter IX of BL titled “The judiciary”, G.A. Zinn, an MP, summed up the work of the commission in his report: “An important novelty in relation to the Weimar Constitution was the attempt to clearly emphasize the special character of the judge as a representative of the third power, the judiciary. The bitter experience of the past can be partly explained by the fact that judges were encumbered with a considerable sociologically and historically conditioned burden; (...) the judge, even after the division of powers, remained a ‘minor clerk of the court’”¹¹⁵.

As a result, directly after the Second World War no vetting of the employees of the judiciary was carried out. Attempts to verify the judicial community were subordinated to the rule of law and the principle of judicial immunity, which were included in BL of 1949. As a result, the judiciary retained the right to co-assess its own past. Furthermore, in line with the case law of the Federal Supreme Court, only judges who had violated the law deliberately and of their own accord were held criminally liable¹¹⁶. These high requirements made the criminal law manner of purifying the judiciary completely ineffective. As a result, the only way was the external verification of judges. In 1958, work began on the Judiciary Law; it was based on the newly acquired judicial independence and on the assumption of a strong and demo-

¹¹³ H. Rottleuthner, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, Berlin 2010.

¹¹⁴ D. Gosewinkel, *Politische Ahndung an den Grenzen des Justizstaats. Die Geschichte der nationalsozialistischen Justiz im deutschen Richtergesetz von 1961*, in: N. Frei, D. van Laak, M. Stolleis, *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, München 2000, p. 60. H. Rottleuthner talks about 6 convictions, idem, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945...*, p. 96.

¹¹⁵ Appendix to a stenograph record of the 9th session of the Parliamentary Council of 6 May 1945, <http://www.gewaltenteilung.de/1198/> (access 27.09.2018).

¹¹⁶ Ruling of FSC of 7 December 1956, file sign. 1 StR 56/56 (SchwG Ansbach), „Neue Juristische Woche“ 1957, p. 1158.

cratic personality of the judge, which was to lead to discounting the disgraceful past of this profession in the Third Reich. D. Gosewinkel, however, poses a rhetorical question as to how to achieve this objective if the personnel of the judiciary remained unchanged. At the same time, there were strong external stimuli to carry out such verification. For political reasons, of course, the GDR launched the campaign "Bloodshed Judges" against judges issuing death sentences during the Third Reich, who continued to hold judicial offices in the Federal Republic of Germany. This campaign, which indicated over 1,000 names of such judges, was all the more convincing since the GDR had carried out a review of the judiciary¹¹⁷.

Nevertheless, there was no purification of the judiciary; nor was there any vetting of other social groups in the Federal Republic of Germany¹¹⁸. This was no doubt because the leading positions in the Ministry of Justice until the 1970s continued to be held by persons who had been involved in the unjust system of the Third Reich¹¹⁹.

¹¹⁷ D. Gosewinkel, *Politische Ahndung an den Grenzen des Justizstaats...*, p. 60 f.

¹¹⁸ H. Rottleuthner in the chapter "Cangaroo courts" (German *Krähenjustiz*) provides names of six judges convicted for actions related to their exercise of judicial powers during the Second World War, idem, *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945...*, p. 95; M. Greve, *Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren*, Frankfurt 2001, p. 99 ff.

¹¹⁹ M. Görtemaker, Ch. Safferling, *Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, München 2016, p. 260 ff.

4. Proposed reforms of the judiciary in the Federal Republic of Germany

The **question of judicial independence in the Federal Republic of Germany** in the perspective of competence of the executive power to administer courts **is not at present the subject of a comprehensive debate among scholars, politicians and members of the general public in this country.** However, questions concerning the model of court administration were raised still at the beginning of the Bonn Republic. In 1953, these matters were addressed by the 40th Congress of German Lawyers, yet the conclusion was as follows: courts should not be guaranteed full self-government, in particular should not be granted the right to decide on the selection of judges in the form of co-option. As B. Kremer points out, this **negative decision for judicial self-government was motivated by the lack of verification of this professional group after the Second World War.** The author uses the term *NS-Richterstand*, i.e. the national socialist judicial state. **An absence of self-government of the judiciary was to be off-set by an extended concept of judicial independence.** Further discussion focused, among other things, on the impact of judges on the size of the budget for the judiciary. In the 1970s, presidium councils, which were to become the democratic representative body of the judiciary, deciding together with the Minister of Justice on professional advancement, were an important topic. Presidium councils were to be an expression of anti-authoritarian tendencies and a departure from a national-socialist state based on subordination (German *NS-Obigkeitsstaat*). The debate concerning **the model of administration of the judiciary was rekindled at the end of the twentieth century and at the beginning of the following one e.g. as a result of the executive's aspirations to economize the judiciary.** B. Kremer takes the view that **the concept of complete independence of the judiciary in the form of the establishment of a council for the administration of the judiciary met with strong opposition**¹²⁰.

The most active participants of the debate on judicial independence are unions of judges employed by German courts. Both the German Association of Judges (German *Deutsches Richterverbund*)¹²¹ and the New Association of Judges (German *Neue Richtervereinigung*) have put forth drafts of a new

¹²⁰ B. Kramer, *Die Selbstverwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 3080, on attempts to remove judges engaged in the policy of the Third Reich due to the adoption of the 1961 Judiciary Law.

¹²¹ http://www.drb.de/fileadmin/pdf/Selbstverwaltung/100325_DRBGesetzentwurf_Selbstverwaltung_der_Justiz.pdf (access 25.09.2018).

Judiciary Law. Both draft legislations have some common denominators: 1) personal and court administration issues will be excluded from the competence of the ministry of justice, 2) selections of judges are made with the co-participation of Parliament, 3) administration of courts will be entrusted to judges¹²².

Calls for a reform of the judiciary were raised before the 2017 Bundestag elections. The federal board of NVR issued a so-called Berlin appeal concerning the reform of the judiciary by the newly elected Government of the Federal Republic of Germany: **“In the context of the crisis of the rule of law in many European countries, the New Association of Judges calls on all democratic parties in the next Bundestag to commit to the institutional independence of the judiciary in the meaning of a judicial system in line with European standards.** It is rightly one of the fundamental principles of the countries united in the European Union to commit themselves not only to materially guaranteeing the rule of law, but also to enshrining the institutional principle of separation of powers. All candidate countries are required to organise their judiciary strictly in accordance with the principles of separation of powers. The appointment, promotion and dismissal of judges is to be decided not by the Government but by an independent Judicial Council. **How can Germans credibly claim that, for example, Poland risks compromising the grounds for its membership of the EU by implementing laws passed by the Sejm to reform the judiciary, if it is enough for the ruling party [in Poland – note M.B.] merely to refer to the Constitution of the Federation to demonstrate inconsistent conduct [of the German party – note M.B.]. The fact that there is a culture in Germany in which politics, at least openly, does not interfere with adjudication does not justify abandoning the restructuring of the judicial system. The Federal Republic of Germany, as a member of the EU, can reliably demand that third parties adhere to these principles if it organises itself in this way.** We therefore demand action making the German judicial system compliant with the principles of separation of powers, which has long been a European standard”¹²³.

The coalition agreement concluded in early 2018 between *CDU*, *CSU* and *SPD*¹²⁴ contains Chapter X titled “Strong and operable state for a free society”,

¹²² W. Nešković, *Sine spe ac metu...*, p. 10.

¹²³ https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/BuVo-2017-09_Berliner_Appell.pdf (access 25.07.2018).

¹²⁴ https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=174B5F4D7B5EE12621A1A47ECE1A5A0F51t2?__blob=publicationFile&v=6 (access 26.07.2018).

whose section 1 is called “Covenant for the rule of law”. The following objectives were put forth with respect to the judiciary: 1) employment of 2,000 judges and requisite administration staff in federal and *Länder* courts, 2) continuation of digitization, 3) enhancing intercultural competence, 4) enhancing the historical awareness of the unlawfulness of national socialism and inclusion of the debate on judicial unlawfulness to the curricula of law schools. The agreement lacks any reference to the demands of the reform of the judiciary as put forth by judges’ associations.

As mentioned above, the issue of full implementation of constitutional principles and the introduction of an element of judicial self-government in Germany appears in the context of judicial reforms in Poland. Therefore, the legal community in Germany is coming to very interesting conclusions, as in the case of the conference entitled “Independent Judiciary? German and European traditions of judicial administration” organised by the Association of the Forum for the History of the Judiciary (German *Forum Justizgeschichte e.V.*) in June 2018. The invitation to the conference claimed that judicial reform in Germany is necessary also because at present, primarily in the area of court administration, it does not meet European standards and the principles of German courts are used as an argument by the Polish side¹²⁵.

Another interesting aspect of the rather limited debate in Germany on judicial independence is the fact that it is judges themselves who most frequently take part in the debate. Many of the texts on which this study is based were written by judges who are often very critical of the practical implementation of certain aspects of judicial independence in Germany, *vide* E. Schmidt, president of the administrative court in Stande, H. Sandler, president of the Federal Administrative Court, B. Kremer, judge of the Land court in Freiburg, A. Tietz, president of the district court in Wohlfahrtshausen, C. Löbber, president of the district court in Lübeck. Often, such reflection comes *post factum*, after a judge retires, e.g. W. Nešković, a retired judge of the FSC.

¹²⁵ <http://www.forumjustizgeschichte.de/wp-content/uploads/2018/05/Flyer-Unabh%C3%A4ngige-Justiz.pdf> (access 16.07.2018).

4.1. DRB draft Land law on self-government of the judiciary

In early February, the DRB put forth a draft Land law on introducing self-government to the judiciary. It has not been implemented to date yet remains an interesting proposal of some representatives of the judicial community. On 11 September 2018, the DRB published a statement called “The third power must be self-governing”¹²⁶. It observes that: 1) the judiciary and the prosecution are dependent on the executive, and since in many *Länder* the employment and promotion of judges and prosecutors are decided by the Minister of Justice alone, it is proposed that personnel decisions be taken within the judicial self-government; 2) the judiciary is financially dependent on the Ministry of Justice and it is therefore proposed that judicial self-government bodies should be able to submit a budget proposal directly to Parliament; 3) when submitting the draft law on judicial self-government, the DRB indicated that the introduction of self-government was in line with the Basic Law and constitutions of the *Länder*.

§ 1 of the draft law stipulates that courts and prosecution authorities manage their administration jointly and on their own account. To this end, a Judicial Election Committee and an Administrative Board of Justice shall be set up for the term of office of the Landtag. The Election Committee would be composed of the President of the Landtag as chairman, nine members of the Landtag, seven judges, two prosecutors and one advocate. Legal practitioners would be elected by the professional group. The most important competence of the Committee would be to elect five members for six-year terms – judges and prosecutors of the Administrative Board of Justice. According to § 15, the Council would be the highest national body administering the judiciary and would have exclusive competence in personnel matters, including official supervision, budgetary matters and ensuring the quality operation of courts and prosecutors’ offices.

This proposal radically changes the current German system by excluding the Minister of Justice from the administration of courts and prosecutors’ office, entrusting this task to the Administrative Board of Justice, in which the Minister is not represented at all. Half of the members of the council come from so-called co-option, i.e. they are elected by groups of legal professions: judges, prosecutors and advocates.

¹²⁶ <http://www.drb.de/positionen/verbandsthemen/selbstverwaltung-der-justiz/> (access 25.09.2018).

Considering the current legal status and the state of political and legal discourse, the above proposal seems unrealistic. Moreover, the assessment of this proposal from the legal and constitutional point of view is not unambiguous. F. Wittreck, who titled the last chapter of his extensive book dedicated to the administration of the judiciary “**The self-government of the third power as a wrong path**” (German *Die Selbstverwaltung als Irrweg*), provides the following assessment of the DRB draft: **1) the draft does not ensure sufficient democratic legitimacy of jurisprudence and poses significant risks to the independence of individual judges, 2) from the point of view of constitutional law, the self-government of the third power should be rejected as it replaces the influence of political parties with that of professional associations, and creates a subsystem which will not be led by any democratically legitimised state body**¹²⁷.

5. Conclusion

The Basic Law on the one hand enshrines the principle of democracy, separation of powers and safeguards of judicial independence, and on the other hand a provision that assures the influence of the Minister of Justice on the selection of judges process. As a result, already at the level of the German constitutional provisions, we can identify a tense relation between these principles and the powers of the executive to administer the judiciary, in particular to appoint judges, to make official evaluations of them and to promote them. These powers of the executive are linked to the question of the limited democratic legitimacy of judges. The strong interlinks between the executive and the judiciary are further deepened by the political activities of judges and their membership in political parties, permitted by the provisions of the Judiciary Law.

The solutions adopted in German legislation correspond to the model of administration of the judiciary that was developed in the Prussian state, and the federal law on the system of courts dates back to 1877. There is no place for judicial self-government bodies in this system, so there is no body which represents judges and has formal influence on the administration of courts, in particular on the appointment and promotion of judges. There is no body equivalent to the Polish National Council of the Judiciary and Germany is therefore not a member of the European Network of Judicial Councils.

¹²⁷ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 687.

In view of the above legal and factual situation, the activity of institutions of German state power, in particular FCC President A. Voßkuhle¹²⁸ and the Federal Supreme Court President B. Limperg¹²⁹ for the sake of defence of the rule of law in Poland, is surprising. At the same time, German associations of judges use the political debate around Poland as an opportunity to raise the demands for the introduction of judicial self-government in Germany. It should be pointed out that German jurisprudence has a differentiated approach to the issue of the “democratisation of the judiciary”. In many studies, the system of co-option, i.e. decisions made by the judge who were not elected by parliament to an “electoral” body, on the appointment or promotion of judges, is incompatible with the principle of democracy. In his fundamental monograph dedicated to the administration of the judicial power, F. Wittreck observes that the introduction of judicial self-government is “a wrong path”.

Interesting from the point of view of Polish interests are the legal solutions adopted in German law concerning the statutory change in the retirement age for judges¹³⁰.

¹²⁸ A. Voßkuhle, *Rechtsstaat und Demokratie*, „Neue Juristische Woche“ 2018, p. 3154.

¹²⁹ The FSC President B. Limperg supported the Polish SC President M. Gersdorf, <https://www.dw.com/pl/prezes-federalnego-trybuna%C5%82u-rfn-limperg-popar%C5%82a-gersdorf/a-44757509> (accessed 29.08.2018).

¹³⁰ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt...*, p. 50 ff.

Summary

- In Germany there is a strong link between the executive and the judiciary. **The executive, i.e. the Minister of Justice, both at federal and Land level, has a decisive influence on the appointment, appraisal and promotion of judges and on the financing of courts.** Due to the federation structure of the German state, **there are differences between the *Länder* in the administration of the judiciary, while at the same time the executive retains decisive influence.** The strongly hierarchical system, developed on the basis of the Prussian model in the 19th c., was reflected in the **1877 law on the court system, in force to date.**
- Judges are represented in court presidiums, executive councils and councils of judges with limited powers. The presidiums decide on the distribution of cases and prepare substantiated written opinions on the personal and professional suitability of the candidate for professional promotion.
- **The German system lacks an institution corresponding to the Polish National Council of the Judiciary; the self-government of judges has no formal influence on the administration of courts. Germany is not a member of the European Network of Councils for the Judiciary.**
- In the Federal Republic of Germany there are **associations of judges**, e.g. *Deutscher Richterbund* (DRB) and *Neue Richtervereinigung* (NRV), which **are active lobbyists for the sake of introducing self-government in the administration of courts**, invoking the example of Poland in this respect: **“How can Germans credibly claim that, for example, Poland risks compromising the grounds for its membership of the EU by implementing laws passed by the Sejm to reform the judiciary, if it is enough for the ruling party [in Poland – note M.B.] merely to refer to the Constitution of the Federation to demonstrate inconsistent conduct [of the German party – note M.B.]”.**
- Due to the unique character of German solutions applied in the court system, **the lack of a European debate on their compliance with EU standards is surprising.**
- Provisions of German law **allow judges to be politically active and to be members of political parties. A judge may hold office and at the same time occupy a position in local self-government. There are cases of a smooth transition of a judge to politics and, conversely, of a politician to the office of a judge.**

- In the context of the political activities of judges permitted under German law and the decisive influence on the appointment of judges of the executive, an interesting question was formulated in 1995 by the then President of the Federal Administrative Court, H. Sendler: **“How many judges of the highest federal courts who are party members (...) joined the party due to their real beliefs and not out of pure opportunism?”**¹ This question does not apply only to federal judges, but also to *Länder* judges.
- A federal judge retires after reaching the statutory age limit, which is generally 67 years. In connection with the increase in the retirement age from 65 to 67, German law contains extensive transitional provisions, generally postponing the retirement age by one month for each year since 1947. Similar regulations have been adopted by many *Länder*.
- **After the end of World War II, in Germany there was no vetting of the judges of the Third Reich, most of whom had been involved in the functioning of the Nazi regime,** and the Ministry of Justice, similarly as other state authorities, employed former officials of the Third Reich.

¹ H. Sendler, *Unabhängigkeit als Mythos?* „Neue Juristische Woche“ 1995, p. 2467.

Bibliografia/Bibliography

- Achterberg N., *Die richterliche Unabhängigkeit im Spiegel der Dienstgerichtsbarkeit*, „Neue Juristische Woche“ 1985, s. 3041.
- Epping V., Hillgruber Ch., *BeckOK Grundgesetz*, Monachium 2018, wyd. 37.
- Görtemaker M., Safferling Ch., *Die Akte Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit*, Monachium 2016.
- Löbber C., *Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz. Die Justiz im System der Gewaltenteilung*, Neue Richtersvereinigung-Info, Hessen, 6/2012.
- Maunz Th., G. Dürig G. (red.), *Grundgesetz. Kommentar*, Monachium 2018, wyd. 82.
- W. Nešković, *Sine spe ac metu, Verfassungsrechtliche Fragen zur Selbstverwaltung der Justiz*, Vortrag während der Tagung „Ökonomisierung der Rechtspflege – Risiken und Nebenwirkungen“ der Evangelischen Akademie in Bad Boll vom 17.-19. November 2010, s. 1, 4, https://www.evakademie-boll.de/fileadmin/res/otg/doku/520910-Ne_kovic.pdf
- Perels J., *Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“*, Frankfurt n. M. 1999.
- Rottleuthner H., *Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945*, Berlin 2010.
- Schmidt E., *Politische Betätigung von Richtern – Ein Beitrag zur Unabhängigkeit der Richter – am Beispiel des § 4 DRiG*, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ 2008.
- Sendler S., *Unabhängigkeit als Mythos?*, „Neue Juristische Woche“ 1995, s. 2464.
- Staats J.F., *Deutsches Richtergesetz*, Baden-Baden 2012.
- Wittreck F., *Die Verwaltung der dritten Gewalt*, Tybinga 2006.

Nota biograficzna/Biographical note

Magdalena Balczyk – dr hab. nauk prawnych, główny analityk Instytutu Zachodniego w Poznaniu w zakresie niemieckiego prawa publicznego oraz prawa UE, prof. nadzw. Wydziału Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego.

Magdalena Balczyk – Ph.D., D. Litt. in Law, Chief Analyst of the Institute of Western Affairs in Poznań as to German public law and EU law. Professor at the Faculty of Law, Administration and International Relations of Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University.

IZ Policy Papers

W serii ukazały się / Published in the series:

- Nr 18(I)** Przemiany Unii Europejskiej, rola Niemiec i implikacje dla stosunków polsko-niemieckich. Trzy scenariusze
- Nr 19(I)** Obama i Merkel – budowanie partnerstwa. Relacje amerykańsko-niemieckie (2009-2016)
Obama and Merkel – Building a Partnership. German-American Relations (2009-2016). A Polish View
- Nr 20(I)** Prezydentura Trumpa i układ transatlantycki
Trump Presidency and Transatlantic Relations
- Nr 21(II)** Ethnische Ökonomie – eine Fallstudie über in Berlin lebende Polen
- Nr 22(I)** Reparacje i odszkodowania w stosunkach między Polską a RFN (zarys historyczny)
Reparations and damages in Polish-German relations (Historical overview)
Reparationen und Entschädigungen in den Beziehungen zwischen Polen und der Bundesrepublik Deutschland (ein historischer Überblick)
- Nr 23(I)** O postrzeganiu przez Niemców polskiej historii. Trzy wywiady
Über die Wahrnehmung der polnischen Geschichte durch die Deutschen.
Drei Interviews
- Nr 24(I)** Aktywność Niemiec na arenie międzynarodowej w 2017 r.
- Nr 25** Working time in the economy of OECD countries at the beginning of the 21st century
- Nr 26 (I)** Raporty Służb Naukowych Bundestagu w sprawie reparacji wojennych dla Polski i odszkodowań dla polskich obywateli
- Nr 27(I)** Nowa debata w Polsce o reparacjach
Die neue Reparationsdebatte in Polen
- Nr 28 (I)** Prezydentura Trumpa i kryzys w stosunkach amerykańsko-niemieckich
- Nr 29 (I)** Aktywność Niemiec na arenie międzynarodowej w 2018 r. – wybrane aspekty



INSTYTUT ZACHODNI

61-854 Poznań, ul. Mostowa 27

tel. 61 852 76 91

tel. 61 852 28 54 (wydawnictwo)

fax 61 852 49 05

e-mail: wydawnictwo@iz.poznan.pl

www.iz.poznan.pl

ISBN 978-83-61736- 82-0 (Print)
ISBN 978-83-61736-83-7 (Online)