



KLAUS RENNERT*

SĄDOWNICTWO W CZASIE PANDEMII KORONAWIRUSA**

To dla mnie podniosły moment, a także szczególnie zaszczyt i przyjemność, że mogę wziąć udział we wspólnym polsko-niemieckim projekcie uniwersyteckim oraz wygłosić przemówienie inauguracyjne. Inicjatywę w tym zakresie podjął prof. Wojciech Piątek, gdy poznaliśmy się w ubiegłym roku w Wojewódzkim Sądzie Administracyjnym w Poznaniu. Ramy dla naszego spotkania stworzył wówczas inny, wspólny polsko-niemiecki projekt, a mianowicie partnerstwo polskiego Naczelnego Sądu Administracyjnego i kilku wojewódzkich sądów administracyjnych z niemieckim Federalnym Sądem Administracyjnym i niektórymi niemieckimi Wyższymi Sądami Administracyjnymi. Współpraca ta co dwa lata gromadzi nas na kilkudniowych wspólnych seminariach i umożliwia nam różnorodne spotkania i wymianę zawodową. Takie spojrzenie ponad granicami jest nie tylko interesujące i pouczające, ale również zbliża nas do siebie, a tym samym jest siłą napędową łączącej się Europy.

Mając to na uwadze, bardzo dziękuję za zaproszenie do wygłoszenia niniejszego wykładu.

I. WPROWADZENIE

„Sądownictwo w czasie pandemii koronawirusa” – kiedy na początku września ustalaliśmy z prof. Piątkiem temat mojego wystąpienia, myślę, że obaj mieliśmy cichą nadzieję, że stosunkowo łagodny przebieg pandemii w lecie będzie się zasadniczo utrzymywał i że należy się spodziewać co najwyżej

* Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Prezes Federalnego Sądu Administracyjnego w Lipsku.

** Wykład wygłoszony 20 listopada 2020 r. z okazji Inauguracji XV Edycji Szkoły Prawa Niemieckiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Tłumaczenie: Jadwiga Kopeć-Jakimiec.

niewielkiej „drugiej fali”, ale że w żadnym wypadku nie będzie konieczności wprowadzania drugiego lockdownu, porównywalnego z tym, który miał miejsce wiosną 2020 r.

Czujemy się jednak oszukani: liczba zakażeń dramatycznie wzrasta w całej Europie, a systemy opieki zdrowotnej są przeciążone do granic możliwości, a czasem nawet ponad nie. Dlatego w Niemczech – i prawdopodobnie nie tylko w Niemczech – ponownie intensyfikuje się ogólne środki zwalczania pandemii.

Środki te można zasadniczo podzielić na trzy obszary:

– Pierwsza grupa to klasyczne środki z ustawy o ochronie przed infekcjami: izolacja osób zakażonych, a także osób podejrzanych o zakażenie, na przykład dlatego, że osoby te miały kontakt z osobą zakażoną albo przyjechały do Niemiec z tak zwanego obszaru ryzyka. Oczywiście izolacja odbywa się wyłącznie wtedy, gdy jest to konieczne. Środki te to przede wszystkim: kwarantanna, testy czy monitorowanie łańcuchów zakażeń na przykład za pomocą aplikacji „Corona” na smartfony.

– Ponadto istnieją środki profilaktyczne, których do tej pory nie stosowaliśmy na co dzień. Ich celem jest maksymalne zmniejszenie prawdopodobieństwa zakażeń w kontaktach międzyludzkich. Służą temu tak zwane reguły AHA³: dystans, mycie rąk, noszenie maseczki. Wydarzenia takie jak zgromadzenia, uroczystości, przyjęcia czy spotkania rodzinne, w których zazwyczaj nie zwraca się uwagi na odstępstwa pomiędzy uczestnikami, są ograniczone lub zabronione.

– Trzecia grupa środków ma charakter bardziej ogólny. Mają one na celu ograniczanie zdarzeń infekcyjnych do niewielkich obszarów i utrzymanie ich niejako w izolacji. Środki te są zatem skierowane przeciwko mobilności: najlepiej pozostać w domu, unikać podróży, a w każdym razie ograniczyć się wyłącznie do niezbędných wyjazdów.

Środki te zarządzane są przez państwo, przez niemieckie organy państwowe. Ich podstawę prawną stanowi ustawa o ochronie przed infekcjami, która zawiera jednak bardzo szerokie, praktycznie generalne upoważnienia dla rządów krajów związkowych. Jest to zatem czas władzy wykonawczej: rządy krajów związkowych regularnie wydają zaktualizowane rozporządzenia w sprawie ochrony przed koronawirusem z ogólnymi zasadami dla danego landu. W niektórych kwestiach przekazują one ustawowe upoważnienie władzom komunalnym, które z kolei uchwalają przepisy dla danego powiatu albo miasta w formie rozporządzeń policyjnych albo – częściej – zarządzeń ogólnych.

Zakres tych ogólnych regulacji między innymi zmusza różnych pracodawców do dostosowania wewnętrznych procedur. Niektórzy z nich muszą ograniczyć albo przekształcić swoją działalność, inne branże muszą całkowicie zaprzestać działalności. Porównywalne przepisy dotyczą teatrów, kościołów i obiektów sportowych; nikt nie jest wyłączony spod tych ograniczeń. Dotyczy to również sądownictwa – i to w podwójnym wymiarze.

³ Określenie „reguły AHA” to skrót od niemieckich słów: *Abstandhalten*, *Händewaschen*, *Atenschutzmasken tragen* (przyp. tłum.).

Z jednej strony musi ono dostosować swoje procedury do nowych regulacji, dbając jednocześnie o przestrzeganie zasad i standardów praworządności. Te kwestie zostaną omówione w pierwszej kolejności (II).

Z drugiej jednak strony sądy w Niemczech są powołane do badania tych ingerujących środków pod kątem ich zgodności z prawami podstawowymi do wolności osób, których dotyczą. Takimi żądaniem ochrony prawnej nie zajmują się jednak wszystkie pionierzy sądownictwa w Niemczech, a przede wszystkim sądy administracyjne i Federalny Trybunał Konstytucyjny. O tym traktować będzie kolejna część wykładu (III).

Nowe, specjalne przepisy dotyczące przeciwdziałania koronawirusowi są oczywiście obowiązującym prawem i jako takie muszą być stosowane przez wszystkie niemieckie sądy: sądy cywilne – na przykład w przypadku odwołania podróży; sądy pracy – w przypadku gdy w pracy nie pojawia się osoba z podejrzeniem zakażenia; sądy socjalne – jeśli chodzi o kwestie ubezpieczenia zdrowotnego lub pielęgnacyjnego; sądy karne – gdy ktoś bez maski i zachowania dystansu przytula drugą osobę, mimo że doskonale wie, iż istnieje prawdopodobieństwo zarażenia. Zagadnienia te pozostaną jednak poza zakresem niniejszych rozważań. Pominę również kwestie związane z pojawiającymi się coraz częściej apelami o wypłaty odszkodowań w związku ze skutkami wywołanymi przez pandemię. Omówienie tych wszystkich zagadnień zdecydowanie przekraczałoby ramy tego wykładu.

II. WYZWANIA PROCEDURALNE

Sądy są zobowiązane do zapewnienia ochrony prawnej. Kiedy w marcu i kwietniu 2020 r. kraj sparaliżował ogólny *lockdown*, kiedy zamknięto wszystkie sklepy i przedsiębiorstwa, a nawet wszystkie instytucje publiczne aż po przedszkola i szkoły, pojawiło się pytanie, czy sądy również powinny zostać zamknięte.

Stały za tym sprzeczne interesy: niektórzy chcieli opóźnić toczący się proces i domagali się jego zawieszenia do czasu ustąpienia pandemii. W szczególności oskarżeni wykazywali zainteresowanie przerwą w ich procesie karnym. Inni właśnie tego się obawiali i nalegali, aby sądy zajęły się ich sprawą pomimo pandemii koronawirusa.

Federalny Trybunał Konstytucyjny szybko rozstrzygnął tę kwestię: sądy pozostają otwarte, konieczność zapewnienia ochrony prawnej nie toleruje przerwy. W każdym razie sprawy niecierpiące zwłoki muszą być załatwione niezależnie od pandemii.

W związku z tym pojawił się jednak pierwszy problem: Jak zorganizować działalność orzeczniczą w czasie pandemii? Przede wszystkim, jak zorganizować ją w taki sposób, aby pomimo wszystkich środków związanych z przeciwdziałaniem koronawirusowi, zachować wszystkie zasady dotyczące praworządności w wymiarze sprawiedliwości. Jak zapewnić osobom poszukującym

ochrony prawnej swobodny dostęp do sądu i wysłuchanie przed sądem? Jak zachować instytucjonalną niezależność sądownictwa oraz osobistą i merytoryczną niezawisłość każdego sędziego? Jak zagwarantować warunki zapewnienia wysokiego poziomu orzecznictwa?

W tym kontekście przyjrzyjmy się więc czterem różnym obszarom problemowym dotyczącym sądownictwa, które wiążą się ze zwalczaniem pandemii.

1. Organizacja posiedzeń sądowych

Zacznijmy od drobnych kwestii – w pierwszej kolejności od pytań czysto organizacyjnych o jawność posiedzeń sądowych.

Podstawowym problemem przy organizacji posiedzeń jest zachowanie niezbędnego dystansu pomiędzy wszystkimi obecnymi: sędziami, protokolantem, stronami postępowania i ich adwokatami, świadkami i biegłymi, przedstawicielami prasy i publicznością. Przy stole sędziowskim możemy – nawet jeśli jest nas pięcioro – zachować odpowiedni dystans dzięki odpowiedniemu rozstawieniu foteli. Alternatywą są przegrody rozdzielające z pleksiglasu. Strony i ich pełnomocnicy również mogą siedzieć przy stołach pojedynczo. Postępowania z udziałem tylko dwóch lub trzech stron nie stanowią zatem żadnego problemu.

Często jednak w postępowaniu uczestniczy znacznie więcej osób. Przede wszystkim posiedzenia cieszą się nierzadko sporym zainteresowaniem publiczności. Mniejsze sale sądowe nie pozwalają wtedy na przestrzeganie zasad dotyczących zachowania dystansu społecznego.

Dlatego też obecnie w Federalnym Sądzie Administracyjnym korzystamy tylko z dwóch największych sal sądowych. Ponadto obowiązuje tzw. zasada jednej sali: w danym dniu może obradować zasadniczo tylko jeden senat – znaczy to, że codziennie zajęta będzie tylko jedna sala w całym sądzie. Ma to jednocześnie na celu uniknięcie sytuacji, w której uczestnicy i publiczność biorąca udział w różnych posiedzeniach znajdują się jednocześnie na korytarzach lub w holu.

Senaty musiały być jednak przygotowane do prowadzenia posiedzeń również w poniedziałki i piątki oraz do podporządkowania się centralnie sterowanemu przydziałowi sal. Na szczęście udało się to zorganizować bez problemów. W przeciwnym razie powstałoby pytanie, czy prezes sądu mógłby wydać takie zarządzenie, nawet wbrew woli składu orzekającego.

Przypuszczalnie taka możliwość byłaby z reguły akceptowana przez prezesów sądów, a kwestionowana przez większość sędziów danego składu orzekającego. Kryterium rozstrzygającym tego pytania jest to, czy i w jakim zakresie naruszona zostałaby przez to niezawisłość sędziowska, w którą prezes sądu nie może ingerować również za pomocą środków organizacyjnych.

Tak czy inaczej: administracja sądu jest zobowiązana do zapewnienia izbom i senatom pomieszczeń niezbędnych do wykonywania czynności orzeczniczych. Oczywiście jest to wyłącznie możliwe stosownie do istniejących możliwości, jednak granice tego, co jest możliwe, muszą być czasami przesuwane.

We wrześniu 2020 r. IX Senat Federalnego Sądu Administracyjnego przez trzy tygodnie rozpatrywał skargę w sprawie planowanego tunelu pod Beltem Fehmarn, który ma przebiegać pod Morzem Bałtyckim i łączyć niemiecką bałtycką wyspę Fehmarn z duńską wyspą Lolland. Był to ogromny proces sądowy, w którym wzięło udział prawie 180 uczestników: od prawników, przez przedstawicieli władz, po biegłych. Ponieważ nawet nasza największa sala rozpraw była na taki proces za mała, sąd wynajął Salę Kongresową w Lipsku wraz z wieloma przyległymi pomieszczeniami dla adwokatów i przedstawicieli prasy oraz pomieszczeniami przeznaczonymi na szatnię i catering. Wynajem musiał być poprzedzony zaproszeniem do składania ofert. Musieliśmy również wystąpić do Ministerstwa o pokrycie znacznych kosztów z tym związanych.

2. Udział sędziów w postępowaniach sądowych

Kryzys wywołany pandemią doprowadził do tego, że niemiecki wymiar sprawiedliwości musiał zmierzyć się z pewnym specyficznym problemem, który z reguły nie dotyczy innych państw, a nawet jeśli, to nie w takim samym stopniu. Problem ten dotyczy konstytucyjnej zasady ustawowego sędziego. Niemiecka Ustawa zasadnicza zabrania pozbawiania kogokolwiek prawa do bycia sądzonym przez zagwarantowanego ustawą sędziego.

Genezą tej zasady są tragiczne doświadczenia, z którymi musieliśmy się mierzyć w czasie arbitralnych rządów narodowych socjalistów. Dochodziło wtedy często do manipulowania składami: sędziowie byli celowo przydzielani do konkretnego procesu, aby uzyskać pożądaną wyrok, albo odwrotnie – celowo od niego odsuwani, aby zapobiec wydaniu niepożądanego rozstrzygnięcia. Podobne sytuacje miały miejsce również w Niemieckiej Republice Demokratycznej.

Zasada ustawowego sędziego oznacza zatem, że dla każdego procesu należy ustawowo – to znaczy z góry, w sposób abstrakcyjny – ustalić właściwego sędziego. Jeżeli właściwe do rozpoznania sprawy jest kolegium sędziowskie składające się z kilku sędziów, zasada ta ma zastosowanie do każdego z nich z osobna.

Z tego powodu prezydium każdego sądu przed rozpoczęciem nowego rocznego okresu rozliczeniowego – z reguły w listopadzie albo w grudniu – ustala, która izba albo który senat będą właściwe w określonych sprawach i którzy sędziowie będą zasiadać w ich składach w kolejnym roku. Następnie do składów orzekających należy ustalenie – również w sposób abstrakcyjny i z odpowiednim wyprzedzeniem – którzy sędziowie będą należeć do składów trzyosobowych, a którzy do pięciosobowych i jakie kategorie spraw będą oni rozstrzygać. Ponadto regulują oni również kwestie zastępstwa w przypadku przeszkód w orzekaniu wywołanych zaplanowanym urlopem lub chorobą.

Obecnie z uwagi na pandemię sędziowie musieli zmierzyć się z nowym pytaniem: czy nieobecność związana z sytuacją pandemiczną, która nie jest jednak podyktowana chorobą ani zaplanowanym urlopem, stanowi taką przeszkodę? Chodzi tu na przykład o takie sytuacje, gdy sędzia nie może przyje-

chać do sądu z uwagi na ograniczenia w podróżowaniu albo z uwagi na przynależność do tak zwanej grupy ryzyka, albo z powodu poddania się domowej kwarantannie z ostrożności, po prywatnym kontakcie z osobą, która potencjalnie mogła być zarażona.

W odpowiedzi na te wątpliwości można by się zastanowić nad umożliwieniem sędziemu wirtualnego udziału w obradach, zapewniając mu przy tym odpowiednie warunki techniczne. Takie rozwiązanie jest jednak jak dotąd w Niemczech niedopuszczalne.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa procesowego strony postępowania, świadkowie lub biegli mogą wziąć udział w rozprawie, czyli w posiedzeniu senatu zdalnie, jeżeli przewodniczący wyrazi na to zgodę. Nie dotyczy to jednak sędziów zawodowych oraz ławników, którzy zasiadają w wielu sądach, w tym w sądach administracyjnych. Sędziowie orzekający w sprawie muszą być obecni na rozprawie osobiście. To samo dotyczy obrad składu orzekającego poza rozprawą, a więc również takich rozstrzygnięć, które podejmowane są w drodze postanowienia bez przeprowadzania ustnej rozprawy. Jedynie ogłoszenie wyroku nie wymaga obecności całego składu orzekającego – w tym przypadku wystarczy obecność przewodniczącego albo innego członka senatu bądź izby.

Z uwagi na szczególną sytuację pandemiczną pojawiły się postulaty złagodzenia obowiązku osobistej obecności składu sędziowskiego, przynajmniej w odniesieniu do ławników, którzy z reguły wykonują inne zawody i sprawują swój urząd sędziowski tylko doraźnie i w pojedynczych przypadkach. Ustawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie tej propozycji, co – moim zdaniem – było słuszną decyzją. Narad ani posiedzeń, w których biorą udział wszyscy członkowie składu orzekającego, nie da się zastąpić połączeniem wideo. Należy również zważyć na to, że uczynienie wyjątku wyłącznie dla ławników mogłoby zostać odebrane jako potraktowanie ich jako mniej znaczących członków składu orzekającego.

Istnieją oczywiście takie procesy, które nie wymagają intensywnej narady składu sędziowskiego. Jednak nierozsądne byłoby dostosowywanie ogólnych zasad do takich prostych spraw, ponieważ przez to można by nie dostrzec wymagań odnoszących się do spraw trudniejszych.

3. Udział stron, świadków i biegłych

W czasie pandemii obowiązek udania się do sądu może być znacznie utrudniony również dla stron i innych osób uczestniczących w postępowaniu. Z reguły im większy obszar właściwości danego sądu, tym częściej mogą wystąpić takie problemy. Dotyczy to przede wszystkim najwyższych sądów federalnych, które są właściwe dla całej federacji i które rozpoznają sprawy osób z całych Niemiec.

Wyjazd do sądu nie jest podróżą, której można i należy unikać. Jednak w praktyce chęć udziału w rozprawie może wiązać się z koniecznością zarezerwowania noclegu w danym mieście, a obecnie jest to niemożliwe z uwagi na zakaz działalności hoteli.

Oczywiście strony mogłyby złożyć oświadczenie o zrzeczeniu się rozprawy albo zrezygnować z udziału w niej. Jednakże w żadnym wypadku nie można tego od nich oczekiwać wbrew ich woli. Każdy ma prawo do bycia wysłuchanym przez sąd. Jest to zagwarantowane w niemieckiej Ustawie zasadniczej, jak również w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Nie obejmuje to prawa do ustnej rozprawy we wszystkich przypadkach, ale obejmuje prawo do uczestnictwa w niej, jeżeli się odbywa. Ponadto nieobecność osób uczestniczących w postępowaniu przeczy naszemu rozumieniu procesu dyskursywnego, w którym argumenty powinny być wymieniane ze stronami sporu również ustnie.

W odróżnieniu od sędziów, strony postępowania, świadkowie oraz biegli mogą uczestniczyć w rozprawie sądowej zdalnie, za pośrednictwem wideo. Prawo procesowe przewiduje taką możliwość od 2013 r. Strony postępowania, ich pełnomocnicy oraz wezwani świadkowie i biegli mogą wystąpić o to we własnym imieniu. To, czy sąd przychyli się do wniosku, zależy od jego uznania, choć musi on pamiętać o swoim ogólnym obowiązku ułatwiania postępowania, więc prawdopodobnie będzie przychylił się do takich wniosków regularnie. Sąd może również z urzędu zezwolić stronom oraz ich pełnomocnikom na uczestnictwo zdalne. Nie jest to jednoznaczne z zakazem osobistego udziału w rozprawie, ale pozostawia zainteresowanym swobodę decyzyjną w tym zakresie.

4. Posiedzenia online

Powyższe rozważania rodzą pytanie, dlaczego sędziom nie można zezwolić na to samo, co jest możliwe dla innych osób uczestniczących w postępowaniu. Jeśli tylko strony, świadkowie czy biegli mogą brać udział w rozprawie zdalnie, to właściwie oznacza to, że rozprawa i tak odbywa się stacjonarnie w sali sądowej. Gdyby również sędziowie mogli orzekać poza sądem, to nikt nie musiałby brać osobistego udziału w rozprawie. Rozprawa nie byłaby już wydarzeniem stacjonarnym, tylko odbywałaby się wyłącznie wirtualnie. Również obrady składu sędziowskiego i narada mogłyby być organizowane w formie wideokonferencji.

Prawo na to jednak nie zezwala, a sporadyczne próby jego obejścia są poważnie krytykowane. Dlaczego? Co stanowiłoby przeszkodę? Należałoby wziąć pod uwagę trzy rzeczy:

Po pierwsze, w postępowaniach sądowych obowiązuje zasada jawności. Co do zasady każdy musi mieć zapewnioną możliwość wzięcia udziału w rozprawie sądowej w charakterze widza i słuchacza. W przypadku czysto wirtualnej rozprawy sądowej byłoby to jednak niemożliwe. Wprawdzie istnieją wyjątki od zasady jawności, ale tylko ze względu na szczególny charakter rozpatrywanej sprawy, na przykład w sprawach rozwodowych lub dotyczących opieki nad dzieckiem przed sądami rodzinnymi, lub w sprawach dyscyplinarnych przed sądami administracyjnymi, lub też w celu ochrony osób wymagających szczególnej opieki, takich jak nieletni lub ofiary gwałtu w postępowaniu karnym. Sam interes czy prośby sędziów o to, by nie musieli przychodzić do budynku sądu, nie uzasadnia takiego wyjątku, zwłaszcza że to właśnie sąd jest ich ofi-

cyjnym miejscem wykonywania czynności służbowych. Pandemia koronawirusa nie powinna zatem prowadzić do zachwiania tej zasady.

Po drugie, należy wziąć pod uwagę względy praktyczne, które dotyczą w mniejszym stopniu jawnych posiedzeń, ale są bardzo istotne dla narad składów sędziowskich. Obrady te są tajne i podlegają podwyższonemu obowiązkowi zachowania poufności. Wyklucza to zatem stosowanie powszechnie dostępnych na rynku systemów oprogramowania do wideokonferencji, takich jak Teams, Webex, Skype czy innych. Wszystkie te systemy nie spełniają obowiązujących wymogów bezpieczeństwa. Co prawda federalne sądy najwyższe mają własne systemy wewnętrzne, które zapewniają niezbędne bezpieczeństwo, ale niestety inne sądy pozostają za nimi daleko w tyle.

Wreszcie, należy pamiętać, że warunki komunikacji podczas wideokonferencji różnią się od tych podczas spotkania twarzą w twarz. Gesty i mimika praktycznie zanikają, a bezpośrednia dyskusja jest trudniejsza, jeśli nie niemożliwa. Ponadto poza kontrolą pozostają wpływy zewnętrzne, rozmowy w tle i częściowe nieobecności. Wszystko to zmienia charakter posiedzenia czy narady, i to niestety na niekorzyść. Orzecznictwo w Niemczech rozwija się w drodze dyskursu, spornej wymiany argumentów, czego wideokonferencja nie jest w stanie zapewnić.

III. WYZWANIA MERYTORYCZNE

Przejdźmy teraz do wyzwań merytorycznych, z którymi z uwagi na pandemię muszą mierzyć się w szczególności sądy administracyjne, a także Federalny Trybunał Konstytucyjny.

Wielu obywateli nie jest gotowych na zaakceptowanie ograniczeń wolności osobistej, które są nakładane w celu ochrony przed infekcjami, i chce skorzystać z możliwości złożenia odpowiedniej skargi do sądu. Nie chcą oni zamykać swoich sklepów, nie chcą nosić masek ani w szkołach, ani w innych instytucjach publicznych, chcą móc uczestniczyć w nabożeństwach religijnych i swobodnie podczas nich śpiewać, chcą demonstrować w zatłoczonych miejscach oraz robić wiele innych rzeczy.

Z uwagi na ograniczone ramy wystąpienia nie jest możliwe omówienie całej palety możliwych sporów czy pełnego katalogu problemów prawnych albo ich prawidłowego bądź dopuszczalnego rozstrzygnięcia. W tych wszystkich kwestiach wyłaniają się jednak pewne struktury, podstawowe wzorce, które często się powtarzają i dlatego to właśnie na nie chcę zwrócić uwagę.

Należy jednak podkreślić, że praktycznie wszystkie dotychczasowe orzeczenia sądów związane z pandemią zostały wydane w przyspieszonych postępowaniach o zastosowanie środków tymczasowych (zabezpieczających). Nie są mi dotychczas znane żadne orzeczenia w postępowaniach głównych. Ma to dwie konsekwencje.

Z jednej strony Federalny Sąd Administracyjny jest właściwie wyłączony z działania w tych kwestiach, ponieważ postępowanie sądowe w uproszczo-

nym, przyśpieszonym postępowaniu zabezpieczającym jest tylko dwuinstancyjne. Odwołanie do trzeciej instancji – a tym samym do najwyższego sądu administracyjnego w Niemczech – jest możliwe wyłącznie w postępowaniu głównym. Federalny Trybunał Konstytucyjny oferuje wprawdzie pewien substytut, ale jego kontrola ogranicza się do kwestii konstytucyjnych. Z drugiej strony orzeczenia w trybie przyśpieszonym wydawane są jedynie na podstawie sumarycznego sprawdzenia i w tym zakresie nie są jeszcze rozstrzygające, lecz mają charakter tymczasowy.

Ma to również swoje zalety: pozwala to sądom na pozostawienie pewnych kwestii prawnych nadal otwartych. Odpowiada to dynamicznemu i rozwijającemu się przebiegowi pandemii i odkłada wyjaśnienie drażliwych kwestii prawnych na później, być może na czasy, kiedy koronawirus będzie już przeszłością. Wtedy te załatwione tymczasowo sprawy wyjaśniane będą na wypadek przyszłych pandemii.

Wracając do zapowiedzianych powtarzalnych wzorców, chciałbym omówić dwa obszary problemowe.

1. Pytania dotyczące kwestii formalnych

Państwo prawa działa w uporządkowanych formach i procedurach. Każde rozporządzenie bądź środek indywidualny, które są kwestionowane przed sądem administracyjnym, muszą podlegać kontroli pod kątem tego, czy zostały wydane przez właściwy organ, w ramach procedury wolnej od błędów i we właściwej formie.

Jak już wcześniej wskazywano, większość środków została uchwalona przez rządy krajów związkowych w formie rozporządzenia albo przez lokalne władze komunalne w formie zarządzenia ogólnego. Te rozporządzenia i zarządzenia ogólne były na ogół opracowywane w wielkim pośpiechu. Ponadto, z samej ich natury, nie istniały żadne wzorce, na których można by się oprzeć. Dlatego często – delikatnie mówiąc – nie są one szczytowymi osiągnięciami współczesnej sztuki legislacyjnej.

Tylko przykładowo można wskazać na następujące punkty krytyczne:

– Rozporządzenia i zarządzenia ogólne są często niejasne i niedookreślone, sprzeczne i niekompletne. Niektóre braki mogą zostać usunięte przez sądy w drodze wykładni, ale usunięcie innych leży poza ich kompetencjami.

– Nierzadko te akty prawne nie mają żadnego uzasadnienia lub uzasadnienie to jest pobieżne i właściwie bez znaczenia. Można się spierać, czy uzasadnienie jest w ogóle potrzebne w przypadku rozporządzeń, ale jest ono niezbędne w przypadku zarządzeń ogólnych.

– Wreszcie, wątpliwe jest, czy te przewidziane przepisami środki administracyjne mają wystarczającą podstawę prawną. To prawda, że opierają się one na upoważnieniu zawartym w ustawie o ochronie przed infekcjami, federalnym akcie parlamentarnym. Upoważnienie musiałoby jednak być wystarczająco zdefiniowane pod względem treści, celu i zakresu, a wątpliwe jest, czy tak jest w tym przypadku. Z tego powodu pod koniec listopada nie-

miecki Bundestag wyraźnie określił podstawę prawną upoważnienia ustawowego.

Dopiero za jakiś czas okaże się, czy te i inne błędy formalne rzeczywiście występują w jednym czy drugim przypadku. Bardziej interesujące jest jednak pytanie, jak sądy administracyjne sobie z nimi poradzą. W tym przypadku korzystają one ze wspomnianej już elastyczności sądowego postępowania przyspieszonego, która pozwala na pozostawienie pewnych kwestii prawnych otwartych i odłożenie ich do późniejszego postępowania co do istoty sprawy.

Jeśli się nie mylę, w tym względzie powstała swoista maksyma „im... – tym...”: im łatwiej byłoby skorygować błąd formalny, tym jest bardziej prawdopodobne, że środek administracyjny dotknięty tym błędem zostanie uznany za niezgodny z prawem już w postępowaniu przyspieszonym. Im trudniejsze, bardziej przewlekłe lub nawet niepewne byłoby skorygowanie błędu, tym jest bardziej prawdopodobne, że zostanie wskazany punkt krytyczny, ale ostateczne rozstrzygnięcie zostanie odłożone do przyszłego postępowania głównego. Dlatego też często żąda się tylko natychmiastowego uzasadnienia środka administracyjnego, a wątpliwości co do odpowiedniej podstawy prawnej są odkładane na później.

Kryje się za tym świadomość trudnej sytuacji, w jakiej znalazły się rządy krajów związkowych i organy administracyjne, które nie mają czasu na przeprowadzenie wyczerpującej korekty błędów w czasie rozwijającej się pandemii.

2. Zasada proporcjonalności

Z merytorycznego punktu widzenia zasada proporcjonalności była i nadal regularnie jest w centrum zainteresowania. Dzieje się to z dwóch różnych, niemal przeciwstawnych perspektyw.

Zasada proporcjonalności jest z reguły łączona z perspektywą obrony przed nadmierną ingerencją. Wprowadzone środki służące przeciwdziałaniu rozprzestrzenianiu się koronawirusa idą w parze z ograniczeniami wolności, przed którymi osoby zainteresowane bronią się przed sądem, wnosząc o uchylenie przez sąd danego środka ze względu na jego nieproporcjonalność. Zgodnie z niemieckim prawem konstytucyjnym ograniczenie wolności jest zgodne z prawem tylko wtedy, gdy służy uzasadnionemu celowi dobra wspólnego i jest dla tego celu odpowiednie i konieczne, a ponadto nie stanowi nadmiernego obciążenia dla danej osoby.

Nie jestem w stanie omówić całej gamy możliwych konstelacji praw podstawowych, dlatego chciałbym jedynie wskazać na dwie strukturalne szczególne cechy, z których jedna opiera się na przesłance konieczności, podczas gdy druga koncentruje się na zakazie nadmiernej ingerencji.

Spór przed sądem toczy się głównie o to, w jakim stopniu wprowadzane środki są konieczne do osiągnięcia ich celu, czyli zmniejszenia ryzyka zakażenia albo powstrzymania występowania zakażeń. Zależą one oczywiście od przebiegu i rozmiarów pandemii. W tym zakresie w niektórych przypadkach występują znaczne różnice w przestrzeni i czasie: jeśli chodzi o przestrzeń, istnieje duża rozpiętość między wyraźnymi punktami zapalnymi a obszarami

w dużej mierze nietkniętymi zakażeniami. Jeśli chodzi o czas, to po spokojnym lecie nastąpiła burzliwa jesień, nie wspominając o zimie. Obecnie w Niemczech istnieją rozwiązania instytucjonalne, które pozwalają na uwzględnienie tych różnic: podział Republiki Federalnej na 16 krajów związkowych i ich dalszy podział na mniejsze jednostki administracyjne (np. na gminy) pozwala na uwzględnienie specyfiki regionalnej. Jeśli zaś chodzi o aspekty temporalne, to zwyczajowo najpóźniej co miesiąc dokonuje się przeglądu rozporządzeń w sprawie ochrony przed koronawirusem i w razie potrzeby dostosowuje się je. To znacznie łagodzi problem, jaki stwarza zasada konieczności, ale nie czyni jej zbędną.

Jednak mimo tej regionalizacji i periodyzacji niektórzy uważają, że wprowadzane środki są zbyt surowe i zadają sobie i innym pytanie, czy nie jest potrzebne jeszcze większe i dokładniejsze różnicowanie ich stosowania. Przykładowo, sąd administracyjny uchylił zarządzenie ogólne gminy, ponieważ ograniczało ono liczbę uczestników zgromadzenia publicznego – bez różnicowania – na całym obszarze miasta. Należało, zdaniem sądu, dokonać różnicowania między śródmieściem i obszarami znajdującymi się poza centrum miasta. Nawiasem mówiąc, pewien stopień uogólnienia leży w naturze ogólnej regulacji i sprzyja jej akceptacji i przestrzeganiu, choć nie wiadomo, jak daleko to zajdzie.

Podobne pytania są związane z różnicami w zależności od rodzaju działalności lub zawodu, gdy na przykład restauratorzy i hotelarze lub przedsiębiorcy z sektora rozrywki i imprez skarżą się, że ich przedsiębiorstwa są zamykane podczas lockdownu, mimo że do tej pory dobrze radzili sobie z zachowaniem surowych zasad sanitarnych. Można by wymieniać oczywiście jeszcze inne przykłady.

Jeśli ograniczenie wolności okaże się konieczne, pozostaje pytanie, czy nie narusza ono jednak zakazu nadmierności: czy nie obciąża danej osoby w sposób nieproporcjonalny. W tym celu należy zważyć wady i zalety, to znaczy cele dobra publicznego, do których zmierza dany środek, należy zestawić z wynikającym z niego ograniczeniem wolności. W ten sposób regularnie pojawia się problem pewnej asymetrii, ponieważ strona celów interesu publicznego jest abstrakcyjna, podczas gdy ograniczenia wolności są często bardzo konkretne.

Środki ochrony przed rozprzestrzenianiem się koronawirusa służą stosunkowo daleko posuniętej ochronie przed zagrożeniami: mają one chronić osoby trzecie przed zagrożeniami dla zdrowia, a ponadto chronić publiczny system opieki zdrowotnej przed przeciążeniem. Zakres zagrożeń dla zdrowia związanych z zakażeniem jest coraz częściej przedmiotem badań, ale nie jest jeszcze w pełni znany. A to, że system zdrowia publicznego może osiągnąć swój punkt krytyczny, a nawet go przekroczyć, być może wymagając podjęcia decyzji o tym, kogo należy ratować, a kogo nie, dotyczyło, zdaniem wielu, przyszłości odległej i niepewnej, a nie bliskiej i nieuchronnej.

Dla sądów administracyjnych jest oczywiste, że nawet abstrakcyjne zagrożenia należy traktować poważnie. Obowiązuje tu zasada prawa policyjnego, że ostrożność jest lepsza niż pobłażliwość. Dotyczy to tym bardziej sytuacji, gdy na szali mają się znaleźć szczególnie ważne dobra prawne, takie jak życie

i zdrowie ludzi. W debacie publicznej wspomniana niepewność wywołuje jednak publiczną krytykę działań ograniczających wolność.

Niemniej jednak zagrożenie dla zdrowia może stać się również bardzo konkretne. Na przykład osoby starsze lub z istniejącymi wcześniej schorzeniami uważa się za szczególnie zagrożone i wymagające szczególnej ochrony. Mogą one nie być zainteresowane mniejszą ochroną, lecz wprost przeciwnie – większą. Do tej pory osoby starsze nie złożyły jednak żadnych długofalowych skarg. Problem ten pojawia się jednak obecnie w innym kontekście: od początku listopada niemiecka polityka ochrony przed infekcjami jest prowadzona w ten sposób, że w celu przerwania obecnego wykładniczego tempa wzrostu zachorowań konieczny jest daleko idący *lockdown* – podobny do tego z przełomu marca i kwietnia.

Nie dotyczy to jednak z reguły szkół i przedszkoli. Jest to oparte na świadomej decyzji politycznej i dlatego pojawia się pytanie, czy ta decyzja polityczna ma być zaakceptowana przez system prawny czy też nie. Kwestia ta jest podnoszona przede wszystkim przez wielu nauczycieli, którzy uważają się za narażonych na większe ryzyko zakażenia, czyli mniej chronionych niż inne grupy zawodowe. Również oni mogliby odwoływać się do sądów administracyjnych w celu zobowiązania administracji do przyjęcia odpowiednich środków ochronnych. Z konstytucyjnego prawa do zdrowia i integralności fizycznej wynika podstawowe prawo do bycia chronionym, dlatego w związku z tym powstaje pytanie, czy państwo stworzyło wystarczający system ochrony zdrowia w tym zakresie. Również w tym przypadku zastosowanie znajduje zasada proporcjonalności, ale już nie jako zakaz nadmiaru, ale jako zakaz nieadekwatności. Państwo nie powinno oferować zbyt małej ochrony – ryzyko, na jakie narażeni są nauczyciele i uczniowie, nie może być nieracjonalne.

Jak widać, zasada proporcjonalności zakazuje z jednej strony zbyt dużej, ale z drugiej – również zbyt małej ochrony. Wynika to po prostu z faktu, że w tym przypadku dochodzi do konfliktu różnych praw podstawowych. Z jednej strony ochrona życia i zdrowia, z drugiej – wolność gospodarcza i polityczna. Wynikające z tego ramy „w górę i w dół” dla rządowej polityki kontroli zakażeń są szerokie, ale ramy te istnieją, a ich naruszenia mogą być sankcjonowane przez sądy.

Te rozważania prowadzą do ostatecznego spostrzeżenia: ochrona przez infekcjami to dawanie i branie, równoważenie sprzecznych interesów i obaw. To, co daje się jednemu, często odbiera się drugiemu. Jeżeli środek ochronny zostanie uchylony przez sąd, ponieważ stanowi zbyt duże obciążenie dla danego skarżącego, to w zamian cierpi osoba trzecia – lub wiele osób trzecich, ponieważ środek ma na celu ochronę nie tylko jednostek, ale całych grup ludności. Utrzymanie tego w rozsądnej równowadze jest prawdziwym i najtrudniejszym zadaniem, jakie pandemia koronawirusa stawia przed niemieckimi sądami.

IV. PODSUMOWANIE

W ramach swoistego *tour d'horizon* starałem się przedstawić przegląd pytań, jakie pandemia koronawirusa stawia przed sądami w Niemczech, a w szczególności przed sądami administracyjnymi. Mimo że mój wykład był dość długi, to niestety problematyka ta, z uwagi na jej obszerność, nie została wyczerpana.

